



LA PRUEBA EN EL COMERCIO ELECTRONICO

NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ

Socio del Estudio Mufiz, Forsyth, Ramírez, Pérez - Taiman & Luna Victoria

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nos queda claro que la evolución de la contratación electrónica genera una serie de reparos de orden probatorio. En efecto, es conocido el viejo axioma que vincula la exigibilidad del derecho a la prueba de su existencia: "tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo".

En esta línea de ideas, cuando nos vinculamos a través del Internet una de las primeras inquietudes que afloran es poder determinar cuán seguro es el vínculo celebrado. Y en caso de ser negado, cómo probar la real celebración del mismo. A su vez, en el caso de relaciones Intuitu persona (esto es, celebrados por la identidad de la persona, de tal manera que si ésta no es la que expresó su voluntad, el contrato no lo hubiéramos celebrado) es valor importante el poder asegurarnos que la persona que nos dirige una manifestación de voluntad es realmente la que aparece enviándolo.

La contratación clásica no suele tener estos problemas, sea que la relación tiene el carácter de paritaria o sea celebrada por adhesión, pues suele documentarse en soportes de papel con la firma puesta al pie en señal de conformidad, lo que nos permite identificar claramente a nuestra contraparte, precisar los alcances de su manifestación de voluntad o determinar sus facultades de representación mediante los poderes tenidos a la vista. En tal sentido, como quiera que en la contratación electrónica no aparece firma autógrafa (en el sentido clásico) se dice que se está produciendo la crisis de la suscripción.

En atención a lo expuesto, queda claro que existe un problema por enfrentar, muy serio, constituido por la necesidad de consolidar la seguridad de éste sistema de contratación moderna, ya sea mediante la creación de nuevas instituciones como la FIRMA DIGITAL, o mediante disposiciones precisas referidas al valor probatorio de las manifestaciones de voluntad remitidas por ésta vía.

II. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria tiene por objeto pasar de un hecho conocido a otro desconocido. A tal efecto en nuestro sistema procesal se regulan diversas clases de prueba, a saber:

- 1) Directas, por percepción, que se basa en el contacto inmediato entre el Juez y los hechos u objetos que forman parte del conflicto. La inspección judicial es un buen ejemplo de esta clase, limitada por su naturaleza a hechos que subsisten en el tiempo.

- 2) La representación presente de un hecho ausente, mediante documentos o relatos (declaraciones de parte o testimoniales). Este tipo de pruebas sustituyen a la percepción.
- 3) Deducción o inducción, cuando ninguna de las otras clases pueden ser utilizadas, la inferencia puede ayudar a reconstruir los hechos analizados. Las presunciones forman parte de ésta clase de pruebas, o mejor dicho, sucedáneos de prueba.

Estas pruebas son evaluadas por el Juez de acuerdo a la sana crítica o libre convicción, de tal manera que la ley no le fija apriorísticamente un valor a determinado medio probatorio, como sucedía en el antiguo sistema procesal. Es por ello que las resoluciones emitidas deben sustentarse en un proceso volitivo razonado, crítico y lógico.

Por otro lado, existen una serie de principios sobre la prueba, algunos de los cuales ameritan ser glosados brevemente a efectos percibir sus efectos sobre el comercio electrónico. Así tenemos:

- 1) Principio de la necesidad de la prueba. No puede declararse un derecho sin la prueba que lo respalde.
- 2) Principio de la eficacia jurídica y legal de la prueba: Solo la ley puede determinar los medios probatorios postulables en un determinado proceso, ampliando o restringiendo su admisibilidad. En tal sentido el Juez asume que dichos medios de prueba han sido aceptados por el legislador como los más idóneos para llegar a formar convicción sobre los temas discutidos.
- 3) Principio de la contradicción y preclusión de la prueba, que proscribe la prueba sorpresiva o clandestina, ya que la parte contra quien se opone tiene el derecho de discutirla.
- 4) Principio de la Libertad de la prueba, pues las partes, para lograr convencer al Juez, deben aportar todas las que sean pertinentes, con la limitación impuesta por razones de moralidad o que resulten inútiles por existir presunción legal que los hace innecesarias, o porque sean impertinentes o porque la ley no permite su postulación.
- 5) Principio de la apreciación de la prueba, pues debe ser valorada por el Juez, de tal manera que si ellas fueran evaluadas por cualquier ciudadano razonable, le producirían la misma convicción que la que le producen al Juez.

Para completar esta breve reseña sobre los alcances de la prueba en nuestro país, debemos señalar que nuestro Código Procesal Civil en su artículo 191 ha adoptado el sistema de libertad de pruebas señalando que todos los medios de prueba, así como sus sucedáneos aunque no estén tipificados en éste Código, son idóneos para lograr la finalidad de la prueba, esto es, acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se precisa más adelante que los medios TÍPICOS de prueba son la declaración de parte, la declaración de testigos, los documentos, la pericia y la inspección judicial, y que los medios probatorios ATÍPICOS son aquellos no previstos en la anterior relación y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permiten lograr la finalidad de los medios probatorios. No hay pues un sistema cerrado que enuncie en forma taxativa los medios de prueba aceptables al interior de un proceso, quedando a criterio de la autoridad judicial la idoneidad del medio ofrecido, lo cual permite aseverar que éste sistema permite la actuación de los llamados documentos electrónicos que se generan en éste tipo de contratación moderna.

III. EL DOCUMENTO

- De los medios probatorios conocidos debemos seleccionar al documento como el más importante a los fines de éste análisis, así como al principio de la necesidad de la prueba como la justificación. Conforme a lo antes glosado, es un medio típico de prueba.

Por definición documento es todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho. Según expresa disposición del artículo 234 del Código Procesal Civil, son documentos, entre otros, las cintas cinematográficas, y otras reproducciones de audio o vídeo, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana, o su resultado. La enunciación es abierta, y por tanto, la norma procesal vigente admite como documentos los obtenidos de la telemática en general.

Modernamente se habla del documento electrónico, entendiéndose como tal "a toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes"¹. Miguel Angel Davara² sostiene que "la diferencia entre un documento escrito y un documento electrónico, son en principio evidentes, lo que nos puede llevar a negar el carácter de documento de los segundos. Así, existe un gran número de autores que mantiene que los registros informáticos no son documentos ya que no están en un soporte de papel, no llevan firma y no existe diferencia en un registro informático entre copia y original. En tanto que otro grupo considera que los registros informáticos son una forma de escribir, encontrando más similitudes que diferencias y no considerando estas diferencias de carácter sustancial".

Julio Nuñez³ por su parte define al documento electrónico o documento informático como un objeto para acreditar hechos que utilizan medios tecnológicos que en última instancia se basan en bits o impulsos electromagnéticos, y que su representación al usuario puede ser en forma gráfica, visual, auditiva o ser transmitidos vía telemática, de acuerdo a las características de la forma de uso informático y de la respectiva configuración. No obstante que la escasa doctrina jurídica sobre la materia en el Perú ha utilizado éstos términos, es con la dación de las normas jurídicas sobre microformas⁴, que regulan tanto al microfilm como al documento informático, que esta figura tiene una real relevancia en el derecho Peruano⁵.

Es claro que si consideramos que el documento electrónico tiene un contenido derivado de la manifestación de voluntad, utiliza un lenguaje convencional, tiene un soporte y está destinado a durar en el tiempo, no hay duda que estamos frente a un documento en el sentido jurídico y procesal, pues prueba un hecho con consecuencias jurídicas. Como bien lo expresa Mónica Vitoria⁶, "registrar datos en una memoria magnética significa escribir, de allí que podamos afirmar que el documento electrónico puede contener información escrita, pero, a diferencia de la escritura tradicional, el mensaje en él contenido no puede ser leído por el hombre sin el auxilio del computador, que fungiría de decodificador. A éste respecto, vale citar a Borusso quien expresa que es necesario convencerse de que se puede escribir también registrando datos en una memoria magnética: el flujo de los electrones es la nueva tinta de la cual es posible servirse; las memorias eléctricas o electrónicas son el nuevo papel, los bits son el nuevo alfabeto".

Esta conclusión se reafirma si apreciamos que hoy en día, los principales contribuyentes pueden presentar su declaración de impuestos a través de sistemas informáticos. La propia SUNAT proporciona el diskette que da acceso al centro de contribuciones. A su vez, el art. 62

1 Cortijo, Bernardo: *Redes digitales y Derecho Socialista Electrónico*, pág. 36.

2 Citado por Comisión Lépez, Polo Araní y Redigiani de Cuello, *La Computación Informática: El nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos*, Granada, 1997, pág. 54.

3 Nuñez Paros Julio, *Derecho Informático*, Lima, Monol Perú-Ediciones, pág. 138.

4 El Decreto Legislativo 661 publicado en Octubre de 1991, establece en sus considerandos que es conveniente regular el uso de tecnología avanzada en materia de archivo de documentos e información, según el valor probatorio y efectos legales tanto del microfilm como del documento informático que también incluye dentro del concepto de microfilm.

5 Vitoria Mónica, *Comercio Electrónico: Los límites de la Ley Venesolista*, Cámara de Comercio Electrónica, 1999, pág. 101.

del Código Tributario señala que "en los casos que los deudores tributarios o terceros registren sus operaciones contables mediante sistemas de procesamiento electrónico de datos o de sistemas de microarchivos, la Administración Tributaria podrá exigir copia de la totalidad o parte de los soportes magnéticos utilizados en sus aplicaciones que incluyan datos vinculados con la materia imponible". En igual sentido, en el ámbito bancario mediante circular 021-93-EF/90 emitida por el Banco Central de Reserva, se ha regulado el envío de información sobre el Balance de Comprobación mensual en medios magnéticos por las empresas bancarias. Recientemente, con fecha 19 de junio de 2000, se ha promulgado la nueva Ley de Títulos Valores, 27287, que regula entre otros, los valores representados por anotación en cuenta, definiendo al Valor Desmaterializado como aquel que prescinde del soporte papel y en su lugar, está representado por anotación en cuenta cuyo registro esta a cargo de una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

Precisamente, para obviar cualquier discusión, el proyecto de reforma del Código Civil argentino de 1998, en su artículo 263, establece que "La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos particulares firmados o no firmados, salvo los casos en que determinada forma de instrumento sea exclusivamente impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido pueda ser representado como texto inteligible aunque para su lectura se requiera la intervención de medios técnicos".

A la luz de éstos antecedentes cabe afirmar que el documento electrónico es una prueba válida aceptada por la ley nacional, no pudiendo ser rechazada por Juez alguno al interior de un proceso.

IV: MEDIO DE PRUEBA y ARGUMENTO DE PRUEBA.-

Ahora bien, aceptado el hecho de que el documento electrónico es un medio de prueba válido, cabe preguntarse si el Juez puede obtener de dicho medio un argumento de prueba que aporte a su convicción. Bien sabemos que los argumentos de prueba son los motivos que otorgan valor o fuerza probatoria a un medio de prueba; es por ello que no todo medio de prueba encierra un argumento de prueba, pues puede darse el caso que actuada determinada prueba, ésta no aporte nada a la formación de la convicción del Juez.

En tal sentido, aceptando que el documento electrónico constituye un medio de prueba válido, ¿cómo debe ser actuado? ¿de qué manera el Juez puede estimar que ha sido emitido por la persona a quien se le imputa? ¿qué garantiza que su contenido no ha sido alterado? ¿cuál es la fecha cierta de su otorgamiento? ¿Qué capacidad tenía su otorgante?; en otras palabras, ¿cómo puede convencerse el Juez de que su contenido es real y, por tanto, vinculante?

No basta pues con preocuparnos de la admisibilidad probatoria del documento electrónico, sino que hay que tomar posición sobre las vicisitudes de su actuación en el proceso y en todo caso, adoptar las medidas necesarias que garanticen que el Juez pueda asumir certeza sobre la base de su inalterabilidad y el entorno que rodea su emisión.

Conviene traer a colación la regulación contenida en el Decreto legislativo 681 en que se establecen pautas sobre la validez legal de las microformas, señalándose entre otros aspectos que:

5. Lozano y Roca, *Tratado de los Contratos*, Rubinzal-Cultrán Editores, tomo II, pág. 803.

- 1) Las copias autenticadas de las microformas de instrumentos privados son idóneas para el reconocimiento judicial de su contenido y firma.
- 2) Las copias autenticadas no sustituyen a los títulos valores originales para el efecto de despachar ejecución o de exigir la prestación incorporada en el título. En caso de pérdida, extravío, deterioro o destrucción del original, una vez cumplidos los trámites legales para la expedición del duplicado, el Juez tomará en cuenta la copia autenticada de la microforma del título, para establecer el contenido del duplicado que se expida.

Se percibe claramente que para tales efectos el legislador ha adoptado medidas específicas que regulan los alcances y argumento probatorio de las referidas microformas, por lo que cabe aseverar que esa misma política debe asumirse para el caso del documento electrónico en general, lo que permitirá que los Jueces puedan actuar sobre una base de legalidad y no de mera discrecionalidad, lo que se agrava atendiendo a lo innovador del tema y su avance tecnológico constante.

A tal propósito hemos tenido ocasión de revisar el proyecto de ley colombiano por medio del cual se define y reglamenta el acceso y uso del comercio electrónico, firmas digitales y se autorizan las entidades de certificación. En su artículo 11 se señala literalmente lo siguiente: "Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos.- Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere ésta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente".

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en su artículo 9 propone lo siguiente: "Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. 1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos: a) por la sola razón de que se trata de un mensaje de datos; o b) por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta. 2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente".

En la explicación que o manera de exposición de motivos acompaña a la ley modelo reseñada se dice lo siguiente: "...La ley modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "criterio del equivalente funcional", basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y

rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos determinar los criterios que, de ser cumplidos por un mensaje de datos, permitirían la atribución a ese mensaje de un reconocimiento legal equivalente al de un documento de papel que haya de desempeñar idéntica función.

Sin perjuicio de reconocer el gran valor de ambos proyectos, nos parece que la fórmula propuesta es muy abierta, nada precisa y que aporta poco al adecuado tratamiento del problema. La sola mención de las reglas de la sana crítica entendida dentro de los cánones del derecho procesal actual cubre la idea que de manera ampulosa proponen ambos proyectos. El problema es que la sana crítica descansa sobre la "experiencia de vida" y lo más probable es que ni el Juez ni las partes tengan la experiencia suficiente para definir un conflicto derivado del comercio electrónico, menos aún si pesan sobre el Juez dogmas de larga data, como el que se refiere al valor del documento privado reconocido o documento público. Es por ello que insistimos en sostener que se hace necesario una legislación específica, de ser necesario reglamentarista, para evitar dubitaciones.

En el Perú recientemente se han promulgado dos leyes vinculadas a ésta materia, la Ley 27269 que regula las firmas y certificados digitales y la Ley 27291 que modifica el Código Civil, permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica.

La primera de ellas le otorga a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica que a la firma manuscrita que conlleve manifestación de voluntad, en tanto que la segunda precisa que la manifestación de voluntad expresa puede ser realizada por medio electrónico y que cuando la ley establece que la manifestación de voluntad debe hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Lamentablemente, no abordan el aspecto procesal probatorio, con lo cual, seguimos vinculados a las normas procesales generales. Esta derivación abierta no es aconsejable, bastando a título de ejemplo la cita del artículo 237 del Código Procesal Civil, el mismo que establece que son distintos el documento y su contenido, pudiendo subsistir éste aunque el primero sea declarado nulo. En el caso del documento electrónico esta diferenciación es imposible y podríamos afirmar que el documento y su contenido son inescindibles. Si es nulo el documento, es nulo el acto.

V. PROPUESTAS DE REGULACION

A la luz de lo analizado, se hace evidente la necesidad de regular de manera específica esta parte de los hechos con relevancia jurídica derivada de la contratación electrónica. A mi modo de ver, cuatro son los frentes que merecen precisiones de orden legal:

- 1) Establecer obligaciones para determinar la capacidad de los suscriptores, a las Entidades de Certificación.
- 2) Definir los alcances del material probatorio y exclusión de ciertos medios en los procesos derivados de la contratación electrónica.
- 3) Establecer Presunciones legales adecuadas al tratamiento de ésta problemática.
- 4) Derogar el distincio entre contratos solemnes y no solemnes.

1. AMPLIAR LAS OBLIGACIONES DE LAS ENTIDADES DE CERTIFICACION.

Como bien sabemos, éstas entidades han sido reconocidas oficialmente en el Perú desde la promulgación de la ley 27269, en cuyo artículo 6 se señala expresamente que "El certificado digital es el documento electrónico generado y firmado digitalmente por una entidad de certificación, la cual vincula un par de claves con una persona determinada confirmando su identidad. Por su parte, en el artículo 7 se precisa el contenido del certificado digital, indicándose que debe contener, cuando menos, la siguiente información:

- Datos que identifiquen indubitablemente al suscriptor.
- Datos que identifiquen a la entidad de certificación.
- La clave pública.
- La metodología para verificar la firma digital del suscriptor impuesta a un mensaje de datos.
- Número de serie del certificado.
- Vigencia del Certificado.
- Firma digital de la Entidad de Certificación.

Como se aprecia, la ley no exige que la Entidad certificadora constataste la CAPACIDAD JURIDICA del suscriptor, ni hace referencia alguna a la verificación de poderes cuando se trata de representantes legales de personas jurídicas o de representantes legales de personas incapaces. Nada impide que la ley exija a las Entidades de Certificación particular atención a éstas verificaciones, imponiendo responsabilidad agravada si se confirma que algunos de éstos datos no son ciertos, toda vez que ello quebranta la confianza en la negociación electrónica.

Mauricio Devoto⁷ señala que "...el certificador de clave pública elegido recibirá la solicitud y corroborará la identidad del interesado así como toda otra documentación que permita acreditar la facultad para actuar en nombre de otra persona, cuando ello corresponda. Luego emite el certificado. Una falla en el proceso de identificación puede derivar en que la autoridad certificante emita un certificado de clave pública a nombre de una persona quien no sea quien dice ser. Como el certificado vincula a una persona con una clave pública, y el impostor posee la clave privada que corresponde a dicha clave pública, éste podrá firmar documentos o cualquier tipo de información con el nombre de otra persona y la firma será validada por la autoridad certificante. En la práctica, las autoridades certificadoras/certificadores de clave pública delegan la recepción de la solicitud o aplicación y la consecuente identificación del interesado en las denominadas "autoridades de registro" o registradores, quienes actúan como nexo entre el usuario y el certificador. Las autoridades de registro individualizan y recogen la declaración de voluntad del interesado para luego enviarla al certificador, ya sea en soporte papel o por medio de un documento digital firmado digitalmente, según el procedimiento que se adopte. Las autoridades de registro, por naturaleza, son los notarios de tipo latino. En este sentido resulta fundamental recordar que las mismas autoridades certificadoras constituidas bajo la legislación de los Estados Unidos han reconocido la importancia de la intervención del notariado en el proceso de identificación y recepción de la aplicación para la obtención de un certificado de clave pública. En general las leyes de los estados de Estados Unidos que han adoptado la firma digital basada en criptografía de clave pública exigen que las autoridades certificadoras sean licenciadas por los propios estados, lo que implica auditorías y otros mecanismos de control que procuran el correcto funcionamiento del sistema y la protección del consumidor ..."

7. Devoto Mauricio, Claves para el éxito de una infraestructura de firma digital: la importancia de la intervención notarial en la obtención de certificado de clave pública. Ponencia presentada a la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado Latino.

Si el reglamento de la ley 27269, próxima a dictarse al momento de escribir este ensayo si se cumple lo dispuesto en el art. 16 de dicha norma, estatuyera que la labor de Certificación esta vinculada a la actividad Notarial (que estimo lo más aconsejable dada la experiencia social al respecto), queda claro que la tarea de identificación del suscriptor podría comprender la confirmación de la capacidad jurídica del mismo, de tal manera que al emitirse la clave pública, cualquier tercero tendrá la seguridad de estar contratando válidamente. En igual sentido, el Certificador deberá exigir la acreditación de los poderes de representación necesarios para actuar en nombre e interés de otro, o para vincular a la persona jurídica como órgano representativo de la misma. Estimo que esta verificación es vital en la medida que se aprecia que la contratación electrónica excede el marco de las pequeñas transacciones entre particulares.

Ahora bien, si éstos presupuestos son impuestos por la ley como exigencia a cumplirse por los Certificadores bajo responsabilidad, es evidente que la seguridad del tráfico electrónico estará garantizada. En caso contrario, no habrá confianza, pues de poco nos sirve tener seguridad sobre la identificación del suscriptor si no va acompañada de la certificación de su capacidad jurídica para contratar o de la constatación de la suficiencia de los poderes de la representación que dice ostentar.

En tal sentido, debe propenderse a una modificación legal que precise la exigibilidad de dichas constataciones al expedir el Certificado respectivo, así como a una puntualización de las consecuencias y responsabilidades para el caso de incumplimiento de estos deberes de identificación del suscriptor y la correspondiente capacidad legal del mismo, entre otros. Esta tendencia legal permitirá que la prueba de la capacidad legal del contratante electrónico así como la referida a las facultades de representación que ostenta no sean objeto de prueba específica ni de debate procesal, limitándose la labor del Juez a la comprobación de la certificación de la Entidad correspondiente, tal como sucede, respecto del documento papel cuando se presenta al proceso un poder por escritura pública. De esta manera habremos evitado un serio tropiezo para obtener un argumento de prueba importante para la definición de cualquier conflicto (por ej. derivado de la capacidad para celebrar contratos), bastando a tal efecto, la presentación del documento electrónico. En éste caso, la prueba y el argumento de prueba coexisten.

2. REGULAR LA ADMISIBILIDAD DEL MATERIAL PROBATORIO EN LOS PROCESOS QUE SE ORIGINEN POR CONFLICTOS DERIVADOS DE LA CONTRATACION ELECTRONICA.

Existe una gama de procesos en los que el legislador, atendiendo a la naturaleza del conflicto, o a los presupuestos que permiten la iniciación del procedimiento, ha impuesto restricciones al material probatorio proponible, es decir, que no son utilizables todos los medios probatorios típicos o atípicos permitidos por el Código Procesal, llámese inspección judicial, pericia, testigos, declaración de parte, etc.

Así tenemos que en el caso de los llamados Procedimientos Constitucionales, no existiendo audiencia de pruebas, solo es admisible la prueba documental por ser de actuación inmediata. Otro tanto sucede con los procesos ejecutivos, en los que no se admite la prueba testifical ni la inspección judicial o en el desalojo por falta de pago o vencimiento del plazo, en el que solo se admite el documento, la declaración de parte y la pericia en su caso. El legislador entiende, en éstos supuestos, que no es necesaria la actuación de medios probatorios distintos a los enunciados en el entendido que son inconsecuentes a la naturaleza del conflicto o, en el peor de los casos, porque son inútiles. Admitirlos sería un homenaje al absurdo y alentaría la mala fe procesal.

Así las cosas, es posible asumir una posición legal que restrinja la actividad probatoria en los procesos que se derivan de la contratación electrónica, toda vez que dadas sus especiales características, no apreciamos la utilidad o argumento de prueba que puedan aportar, por ejemplo, una testimonial o una inspección judicial.

Esta restricción facilitará la actividad procesal, convirtiendo a los procesos en que se discute éste tipo de conflictos en propiamente documentarios, de apreciación objetiva por parte del Juez. Se descartarían otros tipos de prueba de carácter subjetivo. Baste expresar el enorme descrédito que acompaña a la prueba testimonial, declaración que por su naturaleza no puede contrarrestar el argumento que fluye de documentos electrónicos. De la misma manera se pueden expresar otros argumentos respecto de las demás pruebas, por ejemplo, la inspección judicial no haría sino constatar lo que el documento electrónico ya presenta y, en todo caso, más útil a ese fin, sería la pericia. En cuanto a la declaración de parte, sería de muy difícil actuación por los problemas de competencia internacional en que suelen estar involucrados quienes contratan electrónicamente; por lo demás, al igual que la testimonial, difícilmente lo que se declare por parte interesada afectará lo que fluya del documento electrónico o de la Certificación expedida por la entidad autorizada. Por consiguiente, el documento electrónico, de actuación inmediata, pasa a ser la prueba sustancial para resolver éste conflicto, junto con las certificaciones respectivas.

Esta constatación, ciertamente no rigurosa desde el punto de vista científico, pero basada en las reglas de la experiencia, nos permiten aseverar que limitando la actuación probatoria a los documentos (concepto que abarca tanto al documento propiamente dicho como a los videos, fotografías, telemática, etc) se lograría que los argumentos de prueba fluyan de manera directa de los medios probatorios más apropiados a ese fin, a la vez que se evita que se trate de manera tradicionalmente compleja, desde el punto de vista procesal, una problemática basada en la velocidad de la computación. Por supuesto que ésta idea debe ser complementada con otras decisiones referidas a la creación de procesos especiales mucho más expeditivos y, por qué no, la administración de Justicia desde Cyber Tribunales.

Mónica Vitoria⁸ señala que "La prueba instrumental tiene amplio valor probatorio porque en ella aparece expresada con exactitud la voluntad del otorgante y la materialización escrita de la idea que impide que el tiempo desdibuje en la memoria su contenido y contexto a éste respecto, vale destacar que en los Estados Unidos de América, las Normas Generales de Derecho Probatorio, legislación federal que intenta armonizar los principios probatorios y que ha sido adoptada por la mayoría de los estados, estipula que los registros electrónicos o cualquier otra información telemática constituyen verdaderos "escritos" y que un documento impreso que es una reproducción fiel de la información electrónica constituye un original. De acuerdo con éstas normas, se puede aceptar como prueba una versión impresa de la información electrónica, como por ejemplo, la impresión de una página Web o de un correo electrónico". Más adelante, y respecto de la firma electrónica agrega que "... Aunque parezca inverosímil, existe una mayor seguridad jurídica alrededor de la firma electrónica ... que con respecto a la firma autógrafa, pues al estar creada la primera bajo estrictas medidas de seguridad, es mucho más confiable que la segunda, que cualquiera puede falsificar. En tal virtud, el documento electrónico firmado digital o electrónicamente, debería ser suficiente para llevar al juez o al arbitro, el convencimiento pleno de autenticidad de su contenido y de la autoría del mismo".

8 Véase Mónica, ob. Cit Pág. 106.

Bajo esta premisa, las leyes que se dicten en el futuro sobre la materia, deben ir tomando posiciones al respecto, de tal manera que los Jueces, basados en el principio de legalidad antes enunciado, obtengan el argumento de prueba que fluya de estos modernos documentos, y sustente su decisión jurisdiccional en ellos, sin ninguna duda, obviando la actuación de prueba innecesaria o inútil frente a la verosimilitud de un documento firmado electrónicamente.

3. ESTABLECER, CON SEVERIDAD CONCEPTUAL, PRESUNCIONES LEGALES PARA EXCLUIR LA PRUEBA DE LO OBVIO.

El Código Procesal Civil regula, por primera vez en el Perú, los denominados Sucedáneos de los medios probatorios, que en esencia están constituidos por los sustitutos que suplen la falta de prueba de un hecho que interese al proceso, de tal manera que el Juez pueda resolver el fondo de la discusión.

Como bien lo precisa el artículo 275, los sucedáneos son auxilios establecidas por la ley o asumidos por el Juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el valor o alcance de éstos. Los sucedáneos regulados por el Código son: el Indicio, la Presunción y la Ficción Judicial.

De ésta gama de sucedáneos nos interesan particularmente las Presunciones. Sin embargo, para entender sus alcances debemos referirnos también a los Indicios. En efecto, el artículo 277 del referido Código señala que Presunción es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado.

Indicium (deriva de Indicare, indicar, hacer conocer algo) puede ser cualquier hecho del que sea posible obtener un argumento probatorio, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógica-crítica basada en las reglas de la experiencia o en principios científicos o técnicos.

El indicio es el hecho conocido y la presunción es el conocimiento del hecho antes ignorado. No puede haber prueba de indicios sin que intervengan las presunciones judiciales en su valoración. La doctrina (especialmente los estudios sobre la prueba de Devís Echandía) admite como requisitos para la eficacia probatoria de los Indicios, los siguientes:

- a) La conducencia de la prueba indiciaria respecto del hecho investigado.
- b) Que se haya descartado la posibilidad de que la conexión entre el hecho indicador y el investigado sea aparente por obra de la casualidad o el azar.
- c) Que se haya descartado la posibilidad de la falsificación del hecho indiciario por obra de terceros o de las partes.
- d) Que aparezca clara y cierta la relación de causalidad entre el hecho indicador o el conjunto de ellos, y el indicado.
- e) Que no existan contraindicios que no puedan descartarse razonablemente.
- f) Que se hayan eliminado razonablemente las otras posibles hipótesis y los argumentos o motivos infirmantes de la conclusión adoptada.
- g) Que no existan pruebas de otra clase que infirmen los hechos indiciarios o que demuestren un hecho opuesto al indicado por aquellos.
- h) Que se haya llegado a una conclusión final, precisa y segura, basada en el pleno convencimiento del Juez.

Como vemos, existe toda una serie de elementos a considerar para poder aceptar la eficacia probatoria de un indicio, de tal manera que no basta su sola presencia para entender

que el hecho infirmado es cierto y que, con la presunción que la acompaña, hemos demostrado el hecho desconocido. Este tipo de actividad probatoria es de particular importancia en los procesos en que se discute la filiación (aunque con los progresos de las investigaciones del ADN, han dejado de tener mayor relevancia) el fraude o la simulación, entre otros.

Ahora bien, existen varias clases de presunciones:

- 1) La presunción Judicial basada en reglas de experiencia, que necesita de los indicios para poder hacerse presente en el razonamiento del Juez, y a la que se ha hecho referencia con los comentarios anteriores.
- 2) La Presunción Legal, que puede ser relativa o absoluta, dependiendo de si se admite la prueba en contrario, o no.

Para los efectos de éste tema nos interesa tratar de las Presunciones Legales que, aunque suene a verdad de perogrullo, son aquellas que no pueden existir sin ley que las consagre expresamente; es decir, no pueden crearse por fuente distinta, sea por costumbre o por jurisprudencia.

Siendo su fuente la ley, debemos entender que se trata de una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. El juicio lógico del Legislador se sustenta en las máximas generales de la experiencia que indican cual es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos y, en mérito de ello, lo considera cierto (o probable en el caso de la presunción legal relativa).

En la legislación actual existen reguladas hipótesis tanto de presunciones absolutas: como por ejemplo, la que señala el artículo 2012 del Código Civil, en tanto se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones; como de las presunciones relativas, a saber, la prevista en el artículo 1361 del mismo cuerpo legal, que establece que se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes, y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

La razón de ser de las presunciones legales, al margen de las probatorias, es de naturaleza sustancial, vinculada a la voluntad del legislador de dar seguridad a ciertas situaciones de orden social, familiar y patrimonial. De no existir ellas, cabría suponer la cantidad de conflictos que podrían derivarse ante la falta de la prueba precisa, pues son tantas las relaciones que involucran a los seres humanos que no es posible exigírsele que mantenga prueba de cada hecho o acto que celebre. Hay también razones de orden económico, pues existen relaciones de muy menor cuantía que no ameritan la prueba exhaustiva para reconocer un derecho a favor de quien lo alega. Es este diverso orden de ideas, vale traer a colación la presunción que declara que el hijo nacido dentro del matrimonio es hijo del marido; o la que establece que se presume que el poseedor de un bien mueble es propietario de él, ambas referidas a hipótesis que por lo obvio hacen evidente el buen sentido del legislador al imponerlas mediante la ley. Hay que resaltar por otro lado, que la Presunción Judicial no goza de ésta virtualidad legal, siendo su efecto fundamentalmente de orden procesal, siendo importante para apreciar la necesidad de su distinción.

Victor de Santo⁶ señala al respecto que "las soluciones que el legislador brinda en materia de presunciones están impuestas por razones de política jurídica, para eliminar del debate hechos que normalmente ocurren de la manera que el legislador ha previsto: son pruebas de

6 De Santo, Victor; La Prueba Judicial, Editorial UNIVERSIDAD, B. A., 1992, pág. 62

experiencias traducidas mediante la ley, o para suprimir del debate hechos normales, que son las consecuencias naturales de otros hechos previstas como causas, o en casos en que es difícil la prueba. El legislador ha pensado que ante un hecho normal y una prueba difícil es mejor favorecer al gran número dando como cierta una consecuencia que comúnmente lo es”.

En la primera parte de éste capítulo, al hacer el planteamiento del problema, precisábamos que una de las inquietudes más serias era el poder determinar la identidad de quien nos enviaba una comunicación electrónica.

El Proyecto de Ley Colombiano¹⁰, establece varias presunciones a propósito de ésta inquietud. En el artículo 17 señalaba al respecto lo siguiente: “Presunción del origen de un mensaje de datos. Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando:

- 1) Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste, o
- 2) El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador, o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.

En el artículo 19, al regular los mensajes de datos duplicados, señala que “Se presume que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos diferente, salvo en la medida que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el nuevo mensaje de datos era un duplicado”.

En el artículo 21, impone la Presunción de recepción de un mensaje de datos “Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos. Esa presunción no implicará que el mensaje de datos corresponde al mensaje recibido. Cuando en el acuse de recibo se indique que el mensaje de datos recepcionado cumple con los requisitos técnicos convenidos o enunciados en alguna norma técnica aplicable, se presumirá que ello es así”.

Como se aprecia, esas presunciones son muy casuísticas y no cuidan de establecer si admiten prueba en contrario en todos los casos. Pero el principio que fluye de su análisis es el que nos interesa resaltar, es decir, que para el legislador colombiano se hace necesario cubrir la falencia de la prueba con la imposición de presunciones, tendencia que por lo demás advertimos en la legislación de otros países.

Para el caso de operaciones con firma digital reconocida por una Entidad de Certificación, la que concede al suscriptor una clave privada y una clave pública, con una fórmula logarítmica que debe ser de conocimiento exclusivo del titular, quien puede acceder a ella mediante una clave o password, cabe la posibilidad del uso fraudulento de la misma. En éste caso, se debiera imponer una presunción legal absoluta, en el sentido que si la clave privada y la pública son correctas, se presume que la firma digital corresponde a quien aparece como su titular en el respectivo certificado digital, aunque haya sido utilizada por un tercero aún sin su autorización expresa. Ello en mérito a que, o existió negligencia grave del titular al permitir que ese tercero acceda a su clave personal incurriendo así en culpa in vigilando, o la confió

10 Proyecto de Ley Colombiano sobre acceso y uso del correo electrónico, firmas digitales y autorización de las entidades de certificación. Gaceta del Congreso 296, 1998, pág. 17.

a quien hizo ejercicio abusivo de la misma, incurriendo en culpa in eligendo; es decir, en ambas hipótesis incurrió en factores atributivos de responsabilidad. Como quiera que nadie puede alegar su propia torpeza para exigir protección legal, es adecuado que la presunción funcione en el sentido que se propone, no pudiendo el titular de la firma digital desvincularse de la relación jurídica creada, supuestamente, sin su verdadera voluntad.

Lo cierto es que, obtener una certificación de firma digital debe conllevar responsabilidades serias y precisas, por lo que encontrándonos en una etapa incipiente de la formulación legal que atenderá esta problemática, alentamos al legislador nacional para que monitoree este aspecto del tratamiento de las presunciones con fines de aligeramiento procesal probatorio, pero cuidando de no incurrir en defecto como el que a continuación señalamos.

El artículo 1374 del Código Civil, en su texto actual modificado por el artículo 1 de la Ley 27291 dice: "Conocimiento y contratación entre ausentes.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo".

En primer lugar nos parece que la presunción contemplada en el segundo párrafo es innecesaria, ya que no cabe presumir lo que en éste caso está debidamente comprobado. En efecto, si hay acuse de recibo, se está probando de manera fehaciente que se ha recibido el mensaje por el destinatario. Ese acuse de recibo es una manifestación de voluntad demostrable de manera fehaciente. ¿Para qué necesitamos de una presunción?. Sin embargo, lo rescatable es apreciar que el legislador nacional ha asumido el criterio de hacer uso de las presunciones y nos parece que la opción es correcta.

Por otro lado, estando a la telaraña de vicisitudes que pueden originarse en esta moderna forma de contratación, la atención del legislador debiera estar más concentrada en otros aspectos más trascendentes de la misma, y procurar la solución de ellas mediante la formulación de presunciones legales muy precisas, que a partir de lo obvio, como ya se ha dicho, aligeren la actividad probatoria en los procesos que se originen en este tipo de problemas. A título de ejemplo, reiteramos la idea referida a que es la firma digital, su uso, y las obligaciones derivadas de la emisión de los certificados digitales, los temas más sensibles y que, por su manifiesta actualidad, requieren de prolija atención.

En la medida que las presunciones se fijen útil y adecuadamente, es claro que los procesos judiciales que se deriven de los conflictos electrónicos, serán no solo más fáciles de ser resueltos, sino, lo más importante, de una manera justa, por sustentarse en supuestos de cotidianidad y lógica.

IV. EN ESTA MATERIA, ¿ES NECESARIO MANTENER EL DISTINGO ENTRE ACTOS SOLEMNES Y NO SOLEMNES O AD PROBATIONEM?

El Código Civil Peruano, en los artículos 143 y 144, concordantes con el artículo 140 inciso 4 del mismo Código, regula la "forma de los actos jurídicos". Al respecto, Fernando Vidal Ramírez¹¹

11 Vidal Ramírez, Fernando, *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*, Tercera Edición, Setiembre 1996, páginas 380 y ss.

sostiene que "Por la manera como está tratada la forma y por la indicación reiterada en cuanto a la forma a través del articulado del Código, puede considerarse que el criterio adoptado es el del formalismo moderno o neoformalismo, que tiene su razón de ser en los inconvenientes de la consensualidad, entendida ésta como la declaración de voluntad despojada de todo formalismo. Coin y Capitant explican el neo-formalismo en los siguientes fundamentos, que bien pueden sustentar el criterio informante del Código:

- a) en la importancia de ciertos actos jurídicos que justifica la imposición de una norma solemne;
- b) en la publicidad que debe darse a ciertos actos jurídicos; y,
- c) en la precisión requerida en ciertos jurídicos, los que por ella deben contar con una declaración de voluntad escrita. Por estos fundamentos, el Código va de la forma prescrita o impuesta, al principio de libertad para la adopción de la forma".

De dicha explicación fluye entonces que el legislador adopta la tesis de libertad de forma e impone la formalidad sólo por excepción. Esta tendencia se encuentra claramente expresada en el artículo 143, que precisa que "cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente", lo que no quiere decir que los actos o negocios jurídicos pueden carecer de forma alguna, sino que la referencia es a la formalidad excesiva, como por ejemplo, el otorgar una escritura pública para actos de menor importancia jurídica o económica.

Ciertamente la formalidad no puede dejar de existir en todos los casos. A. Gullón y Ballesteros¹² sostiene que ellas contribuyen a los siguientes propósitos:

- 1) Evitar que las partes actúen y se obliguen impremeditadamente, por lo que se constituye en protección contra la precipitación de los declarantes y garantiza madurez en la decisión.
- 2) Facilitan la interpretación y ejecución del negocio, al existir una manifestación sensible de la voluntad y de su contenido completo.
- 3) Reducen las dificultades probatorias disminuyendo los litigios.
- 4) El negocio adquiere visibilidad frente a terceros, por lo que a favor de ellos cumple una función de publicidad y de seguridad.
- 5) Por último, en cierto tipo de negocios, la formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el derecho en un documento que permita su circulación.

El Código establece dos tipos de formalidades. Las llamadas Solemnes o Ad solemnitatem que forman parte de la validez del negocio jurídico celebrado, de tal manera que si las voluntades no están insertas en un documento que cumpla con las formalidades previstas en la ley bajo sanción de nulidad, el acto es nulo. Un ejemplo es la donación de un bien inmueble que debe hacerse obligadamente por escritura pública, de tal manera que si el donante y el donatario se ponen de acuerdo en documento privado con firma legalizada, dicho acuerdo es nulo.

En cambio, las formalidades no solemnes o Ad Probationem tiene por principal objetivo, como su nombre lo indica, probar lo que ya existe, es decir, que las declaraciones de voluntad que generan el negocio jurídico tienen validez cualquiera sea la formalidad que los interesados hayan utilizado, sirviendo probatoriamente como prueba el documento antes que una mera

¹² Citado por Guillermo Lohmann LUJO de Irujo, *El negocio jurídico*, Edición Jurídica Grijley S. de C. Ltda., Lima, 1994, pág. 133.

declaración de parte o de testigos. "Verba volant, scripta manent" Las palabras vuelan, lo escrito permanece.

La inquietud que quiero expresar en éste acápite reside en la reflexión que se hace necesario desde la perspectiva de los negocios por vía electrónica, donde el documento es el soporte informático. Si evaluamos los propósitos de la formalidad antes referidos, ésta modalidad cubre suficientemente los glosados en los acápites a), b) y c) anteriores. Respecto al acápite e) no aplica por estar pensado para la emisión de títulos valores. Restaría el propósito referido a que el negocio adquiere visibilidad frente a terceros, cumpliendo a favor de ellos una función de publicidad y de seguridad; éste propósito no se cumple por la sencilla razón que la comunicación electrónica tiene el carácter de privada, justamente para mantener inalterable su contenido, y por consiguiente, es clandestino para cualquier tercero ajeno al emisor y al destinatario. No hay pues publicidad, pero sí seguridad, en la medida que los terceros afectados pueden exigir la comprobación de las declaraciones emitidas electrónicamente por ser constatables y tener fecha cierta.

En lo personal estimo que esta distinción es INNECESARIA e INUTIL para estos fines, y antes por el contrario, genera problemas; no los evita.

Veamos por qué:

- 1) Porque comienza a ser una práctica extendida entre los usuarios de internet el almacenamiento de datos en un disco óptico, que permite obtener copias que sirven de pruebas fehacientes de la autenticidad del mensaje electrónico, y que por su propia naturaleza, una vez almacenado no puede ser alterado.
- 2) A ello se agrega la certeza que deriva del uso de la firma digital. Como hemos dicho, estimamos que los Certificados de firma digital, con sus respectivas firmas pública y privada, deben ser otorgados por entidades que gozan de la fe pública Notarial. La American Bar Association¹² señala la importancia de la participación del notariado, indicando al respecto que "Como un oficial de seguridad en el comercio electrónico que combina experiencia técnica y legal, el Cibernotario tendrá competencia para intervenir en transacciones dentro de una escala muy amplia, que requerirá distintos tipos de seguridad según la clase de transacción de que se trate. Por ejemplo, la práctica del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública comprenderá intervenciones que irán desde la verificación de los datos de una persona a efectos de la registración de una clave pública y obtención de un certificado, a la certificación de la identidad y capacidad de un persona con el objeto de realizar una transacción, y a la autenticación de que una transacción cumple los requisitos legales y formales.Para certificaciones de alto valor, el cibernotario puede ser requerido para realizar una exhaustiva investigación sobre el usuario, incluyendo su historia crediticia, criminal, etc., antes de que la clave pública sea emitida y certificada. En este sentido el cibernotario funciona como una compuerta de seguridad para los usuarios de la autopista del comercio electrónico".

Es claro que la intervención notarial otorga una cuota de seguridad muy propia a su naturaleza e idoneidad, haciendo que el comercio electrónico supere, con creces, la seguridad del tráfico convencional. Pese a ello, el distinguo entre contratos solemnes y no solemnes sigue siendo un lastre. En efecto, si bien la contratación electrónica cuenta con

¹² Citado por Niquita Devotto, ob. cit.

certificación notarial, ello no convierte al contrato así celebrado en contrato solemne en la medida que no está contenido en una escritura pública, por ejemplo. Se trata de un contrato *ad probationem* y nada más. No olvidemos que el contrato solemne exige que las manifestaciones de voluntad (contenido) estén insertas en un documento privado o en una escritura pública (conteniente), ambos escritos y firmados, características que son incompatibles con el contrato electrónico cuyo soporte es magnético y cuya firma es digital.

El tema no deja de ser importante en la medida que si no se cumplen con dichos requisitos, el contrato es NULO de pleno derecho, sin efecto alguno. Reconociendo que la forma solemne es, en algunos casos, necesaria e inevitable, considero que se pueden conjugar el interés de la ley y el interés de los contratantes, haciendo que la forma especial se cumpla, pero sin el carácter de solemne. Me explico.

Las partes puedan celebrar contratos electrónicos utilizando los cauces convencionales a este efecto, es decir, la firma digital, la clave pública y la clave privada, y la respuesta de recepción conforme. En ese momento el contrato se habría celebrado válidamente. Si por su especial naturaleza la ley requiere que se celebre en una determinada forma solemne, bastaría se complemente esa forma a continuación, pero el contrato ya existiría. Es decir, la forma solemne será un requisito externo al acto ya celebrado y solo sería exigible para la ejecución del mismo, pero no para su celebración, tiempos distintos con efectos distintos. Lo importante es que se habría facilitado la celebración del contrato.

Esta posibilidad juega bien con una mirada futurista de la actividad notarial. Mauricio Devoto¹⁴ señala que en un futuro no muy lejano el notariado latino contará con redes que permitirán a los notarios intercambiar información entre sí y con los registros públicos, para luego continuar con la comunicación con particulares y participar en la contratación entre particulares, de forma tal de brindar en el mundo digital la misma garantía de seguridad jurídica que en la actualidad brinda en el mundo *paper*.

- 3) Esta propuesta de cambio en la clasificación de los contratos por su forma, en solemnes y no solemnes, para estricta aplicación a los contratos electrónicos, cuenta ya, a la fecha, con un adelanto de opinión favorable del propio legislador.

En efecto, la ley 27291 en su artículo 2, incorpora una adición, el nuevo artículo 141 A al Código Civil. El artículo incorporado forma parte del Libro del Acto Jurídico, es decir, no se limita a los contratos (que es una especie del género), comprendiendo a todo acto, sea unilateral o plural, intervivos o *mortis causa*, puro o condicional, artículo que regula lo siguiente: "En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta".

Este segundo párrafo es el que impide concluir que la ley ha derogado estas formas solemnes, pues se limita a señalar que se debe dejar constancia del medio empleado, pero no le da efectos jurídicos en la forma que proponemos. Por consiguiente, es claro que el legislador se ha mantenido dentro de la tradición al tratar éste aspecto de la contratación electrónica; sin

¹⁴ Devoto, Mauricio: *ib. cit.*

embargo, interesa resaltar que ha tomado debida nota de los problemas que se originan desde esta perspectiva de la formalidad.

Insistimos. Creemos que al existir toda la seguridad derivada de la certificación y firma digital, el contrato que se celebre en base a la confianza generada por esos instrumentos, cumple con los fines más importantes que la contratación solemne pretende (evitar la falta de reflexión en los celebrantes, dejar huella del sentido de lo manifestado, facilitar la interpretación de la voluntad declarada y permitir que los litigios se resuelvan en base a pruebas objetivas), y, por tanto, no tiene ninguna razón el legislador cuando mantiene la exigencia de la solemnidad, llevada, en algunos casos, a niveles por demás exagerados, como cuando pretende Escritura Pública para darle valor a ciertos tipos contractuales, formalidad onerosa y de difícil concertación.

Esperemos que el cambio sugerido se produzca pronto.