

LA FIRMA ELECTRÓNICA*

Por **Antonio Rodríguez Adrados**

SUMARIO:

I. Introducción. II. Evolución de la legislación europea: a) la Ley alemana de 1997; b) el Reglamento italiano de 1997; c) la Directiva Comunitaria 1999/93/CE; d) el Real Decreto-ley español 14/1999; e) la reforma del Código Civil francés de 2000. III. La firma electrónica: a) Concepto de firma electrónica. b) Concepto de firma electrónica avanzada. c) Eficacia de la firma electrónica no avanzada. d) Eficacia de la firma electrónica avanzada. IV. Firma electrónica y documentos contractuales: a) Planteamiento. b) La manuscritura de la firma como grafía personal. c) La función declarativa de la firma. d) La firma electrónica no es firma. e) La firma electrónica es un sello. f) El documento informático como forma del contrato. g) Efectos probatorios del documento informático como documento privado. h) La escritura pública informática. V. Conclusión.

I. Hace dos años, en mayo de 1998, presenté en este Pleno de Académicos una comunicación sobre “el documento notarial informático”¹. Insisto sobre el mismo tema, no sólo por el acelerado crecimiento que ha experimentado el

*Comunicación leída el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número.

(1) “El documento negocial informático”, comunicación leída el 25-5-1998 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número; publicada en sus Anales, núm. 28, 1998, págs. 433-64; y en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 28, octubre-diciembre 1998, págs. 51-85.

comercio electrónico en nuestra vida económica, aunque no haya hecho más que comenzar, y porque dos años son mucho tiempo en materia de tan rápida evolución técnica, sino porque ahora contamos ya con una legislación, en la Unión Europea y en algunos de los más importantes países que la integran, y también con una legislación española, que es preciso abordar.

Mi estudio será limitado; quedará centrado, manteniéndome siempre en términos generales, en un punto concreto que estimo del mayor interés: la idoneidad o inidoneidad de la llamada firma electrónica respecto de los documentos contractuales o, mejor, negociales; su aptitud o ineptitud para aquellos documentos, privados o públicos, por los que se verifica una declaración de voluntad y que, por tanto, son forma, y no sólo prueba, de un negocio jurídico. En conexión con este objeto tendré que tratar de algunos otros temas importantes, como el concepto y la eficacia de la firma electrónica, y la estructura y función de la firma de los documentos; pero sin penetrar en otras muchas cuestiones ni en otros campos en que el documento informático se desenvuelve con mayores facilidades, como las comunicaciones telemáticas de datos y de mensajes, o la adaptación de la firma digital a los documentos probatorios, los documentos sobre los que siempre ha descansado el comercio².

II. Comencemos resumiendo esas **legislaciones europeas**³, pues presentan divergencias sobre los temas que van a ser objeto de mi atención; incluso hay incongruencias internas, dentro de un mismo texto legal. Seguiré un orden aproximadamente cronológico.

a) Un año antes de que, en octubre de 1998, la Comisión Europea hiciera una propuesta de Directiva sobre nuestro tema, se adelantaba **Alemania**, que el 22 de julio de 1997 aprobó una Ley para las firmas digitales (*Gesetz zur digitalen Signatur*) con el propósito de “crear condiciones generales para las firmas digitales bajo las cuales puedan considerarse seguras y puedan detectarse con fiabilidad las falsificaciones e imitaciones de dichas firmas digitales” (art. 1.1).

Quedan, pues, fuera de su regulación las firmas digitales que no reúnan las condiciones que la misma Ley establece; pero sin reconocer a aquellas que las cumplan la consideración de forma negocial ni una mayor o menor eficacia de prueba legal.

b) **Italia** desborda en ambas direcciones, en la de forma y en la de prueba, el limitado contenido de la Ley alemana; los documentos con firma electrónica satisfacen el requisito legal de la forma escrita, tienen el valor probatorio de los documentos privados y pueden ser autenticados por notario; pero no lle-

(2) GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: “Comercio electrónico en el mercado interior: propuesta de Directiva”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 226, marzo 2000, págs. 979-1035.

(3) GARCÍA MÁZ, Francisco Javier: “La contratación electrónica: la firma y el documento electrónico”, *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, núm. 210, oct. 1998, págs. 2593-2620.

gan a alcanzar la condición de documentos públicos, ni como forma ni como prueba.

La Ley italiana de 11 de marzo de 1997, número 59, sobre “Delegación al Gobierno para la concesión de funciones y tareas a las regiones y a los entes locales, para la reforma de la Administración Pública y para la simplificación administrativa” dispuso en su art. 15.2 que “los actos, datos y documentos formados por la Administración Pública y por los *particolares* con instrumentos informáticos y telemáticos, los contratos estipulados en las mismas formas, así como su archivo y transmisión con instrumentos informáticos son válidos y relevantes a todos los efectos legales”. Quedan, pues, incluidos *los contratos* entre particulares objeto de nuestro estudio, mediante ese deplorable procedimiento legislativo que, a pesar del Tribunal Constitucional, tampoco nos es ajeno a los españoles, por el que los más complicados problemas se resuelven en cuatro renglones de una larga Ley de contenidos tan heterogéneos que muchos de ellos pasan inadvertidos, encomendando a los Reglamentos lo que la misma Ley debiera haber meditado y regulado.

Desarrollando dicho artículo 15.2 de la Ley 59/97, el 10 de noviembre del mismo año 1997, se aprueba en Italia, con el número 513, un “Reglamento que aporta criterios y modalidades para la formación, el archivo y la transmisión de documentos con instrumentos informáticos y telemáticos” o, como sintéticamente había dicho el proyecto aprobado el 5 de agosto por el Consejo de Ministros, un Reglamento concerniente a los “Actos, documentos y contratos en forma electrónica”, del que pasamos a ocuparnos.

El reglamento italiano procura la coordinación de sus disposiciones con las de su Código Civil, al que reiteradamente remite. En esencia, y como normas más importantes dado el enfoque de esta comunicación, el Reglamento dispone, según en parte hemos adelantado:

“**Art. 4. (Forma scritta).** 1. *Il documento informatico munito dei requisiti previsti del presente regolamento soddisfa il requisito legale della forma scritta.*”

(<Forma escrita>. 1. El documento informático provisto de los requisitos previstos por el presente reglamento, satisface el requisito legal de la forma escrita).

Por tanto, el documento informático puede tener por contenido cualquiera de los contratos enumerados en el artículo 1350 del *Codice Civile*, que sólo exige forma escrita, y no documento público como nuestro paralelo artículo 1280; además de obviar las prohibiciones de admisibilidad de la prueba testimonial de los artículos 2721 y siguientes del mismo *Codice*.

“**Art. 5. (Efficacia probatoria del documento informatico).** 1. *Il documento informatico, sottoscritto con firma digitale ai sensi dell’articolo 10, ha efficacia di scrittura privata ai sensi dell’ articolo 2702 del codice civile.* 2. *Il documento informatico munito dei requisiti previsti dal presente regolamento ha l’efficacia prevista dall’articolo 2712 del codice civile e soddisfa l’obbligo previsto dagli articoli 2214 e seguenti del codice civile e da ogni analoga disposizione legislativa o regolamentare.*”

(<Eficacia probatoria del documento informático>. 1. El documento in-

formático, suscrito con firma digital con arreglo al artículo 10, tiene la eficacia de escritura privada conforme al artículo 2702 del Código Civil. 2. El documento informático provisto de los requisitos previstos por el presente reglamento tiene la eficacia prevista por el artículo 2712 del Código Civil y satisface la obligación prevista en los artículos 2214 y siguientes del Código Civil y por cualquier otra disposición análoga, legislativa o reglamentaria).

El documento informático tiene, pues, la eficacia probatoria del documento privado si está suscrito con firma digital que reúna todos los requisitos que establece el artículo 10 del Reglamento y, por tanto, conforme al artículo 2702 del mismo *Codice* “hace plena prueba hasta querrela de falsedad de la proveniencia de las declaraciones de quien lo ha suscrito, si aquel contra el que la escritura se produce reconoce la firma o bien si ésta es legalmente considerada como reconocida”.

Si, por el contrario, no estuviera suscrito con la indicada firma digital, pero reuniera los requisitos reglamentariamente previstos, el documento informático sólo tendrá los efectos probatorios de las reproducciones mecánicas (fotográficas, cinematográficas, fonográficas, etc.), que para el artículo 2712 del *Codice* constituyen también prueba plena “...si aquel contra el que se produce no desconoce su conformidad con los hechos o las cosas mismas”, con lo que, a mi parecer, estamos ante un fenómeno de admisión de hechos por la parte contraria, y no de eficacia probatoria; y puede utilizarse en los documentos contables de las empresas (arts. 2214 y ss. del *Codice*) y en cualquier otra materia análoga.

“*Art. 10. (Firma digitale). 2. L'apposizione o l'associazione della firma digitale al documento informatico equivale alla sottoscrizione prevista per gli atti e documenti in forma scritta su supporto cartaceo.*”

(<Firma digital>. 2. La aposición o asociación de la firma digital al documento informático equivale a la suscripción prevista para los actos y documentos en forma escrita sobre soporte papel).

Se establece, pues, la equivalencia, la igualdad de valor, de la firma digital en documento informático y de la suscripción en documento papel; cuestión sobre la que luego tenemos que volver, pero que de momento tiene una consecuencia: la firma digital es susceptible de autenticación notarial, como pasamos a exponer.

“*Art. 16. (Firma digitale autenticata). 1. Si ha per riconosciuta, ai sensi dell'articolo 2703 del codice civile, la firma digitale, la cui apposizione è autenticata dal notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato. 2. L'autenticazione della firma digitale consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma digitale è stata apposta in sua presenza dal titolare, previo accertamento della sua identità personale, della validità della chiave pubblica e del fatto che il documento sottoscritto risponde alla volontà della parte e non è in contrasto con l'ordinamento giuridico ai sensi dell'articolo 28, número 1, della legge 16 febbraio 1913, n. 89.*”

(<Firma digital autenticada>. 1. Se tiene por reconocida, con arreglo al artículo 2703 del Código Civil, la firma digital cuya aposición está autenticada

por un notario o por otro público oficial autorizado. 2. La autenticación de la firma digital consiste en la atestación por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 28, número 1, de la ley de 16 de febrero de 1913, n. 89), precepto de la ley notarial italiana que impone al notario la obligación de controlar la legalidad del acto.

El efecto de esta autenticación consiste, por tanto, en que la firma digital notarialmente autenticada se tiene por reconocida conforme al artículo 2703.1 del *Codice Civile*, de manera que aplicando el artículo 2702 antes examinado, el documento informático con firma así autenticada hace plena prueba sin necesidad de reconocimiento –y sin posibilidad de desconocimiento– de su firma por la persona contra la que se produce, y sólo puede ser atacado mediante querrela de falsedad. Pero este documento informático con firma notarialmente autenticada continúa siendo documento privado, no se convierte en documento público ni puede utilizarse en aquellos supuestos en que la ley exige documento público; no está, pues, admitido en la legislación italiana el documento público informático negocial.

“Art. 7. (Deposito della chiave privata). 1. Il titolare della coppia di chiavi asimmetriche può ottenere il deposito in forma segreta della chiave privata presso un notaio o altro pubblico depositario autorizzato. 2. La chiave privata di cui si chiede il deposito è registrata su qualsiasi tipo di supporto idoneo a cura del depositante e dev’essere consegnata racchiusa in un involucri sigillato in modo che le informazioni non possano essere lette, conosciute o estratte senza rotture od alterazioni. 3. Le modalità del deposito sono regolate dalle disposizioni dell’articolo 605 del codice civile, in quanto applicabili.”

(<Depósito de la clave privada>. 1. El titular de la pareja de llaves asimétricas puede obtener el depósito en forma secreta de la clave privada en un notario u otro público depositario autorizado. 2. La clave privada de la que se solicita el depósito tiene que estar registrada en cualquier tipo de soporte idóneo al cuidado del depositante, y debe consignarse encerrada en un envoltorio sellado de manera que sus informaciones no puedan ser leídas, conocidas o extraídas sin roturas o alteraciones. 3. Las modalidades del depósito se regulan por las disposiciones del artículo 605 del Código Civil, en cuanto sean aplicables); que son las referentes al depósito del testamento cerrado.

c) El Consejo de la Unión Europea⁴, prosiguiendo la tarea iniciada en 1998, aprueba el 28 de junio de 1999 una “Posición Común”, número 28/1999, que es recogida en la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, “por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica”, que será objeto preferente de nuestro estudio. Dada

(4) Conf. DÍAZ FRAILE, Juan María: “Estudio de la proposición de directiva europea sobre <Firmas electrónicas> de 13 de mayo de 1998”, *La Notaría*, sept. 1998, 9, págs. 39-90, y GARCÍA MÁZ, op. cit. en la nota anterior.

la coincidencia entre ambos textos comunitarios, aunque el Real Decreto-ley español tuviera presente la Posición Común, y no la Directiva misma, indicaríamos sus concordancias con citas de ésta, cuando no diga otra cosa.

d) Entre ambos documentos comunitarios, en efecto, después de la Posición Común, pero anticipándose a la Directiva y a lo que ésta iba a disponer, se aprueba en España el Real Decreto-ley 14/1999, del 17 de septiembre, “sobre firma electrónica”, que fue convalidado por el Congreso de los Diputados en sesión de 21 de octubre de 1999, acordándose su tramitación por procedimiento de urgencia como Proyecto de Ley, sin que haya podido aprobarse por el final de la Legislatura.

Este Real Decreto-ley fue precedido, en bien pocos días (7 de septiembre de 1999), por una Proposición No de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Popular, y ha sido seguido por la Orden de 21 de febrero de 2000, que ha aprobado el Reglamento de acreditación de prestadores de servicios de certificación y de certificación de determinados productos de firma electrónica.

Ya existían con anterioridad muchas disposiciones de interés, empezando por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter general, dictada en desarrollo del artículo 18.4 de la Constitución. Recordemos también las disposiciones referentes al Mercado de Valores y a materias fiscales.

En el ámbito administrativo, el artículo 45 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señaló algunas directrices que posteriormente han sido concretadas y desarrolladas: el artículo 81 de la Ley 30/12/1997, número 66/1997, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, facultó a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre para la prestación de servicios de seguridad para las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos; esta disposición ha sido contemplada por el nuevo Estatuto de la Fábrica, aprobado, junto con el cambio de denominación por la de “Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda”, en virtud del Real Decreto 1114/1999, de 25 de junio, y desarrollada por el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio. También el Real Decreto-Ley 14/1999 dicta algunas normas en su artículo 5^º.

La redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, actualmente en *vacatio legis*, estaba ya muy avanzada al publicarse el Real Decreto-ley 14/1999. Según su Exposición de Motivos (XI) “no es de excluir, sino que la ley lo prevé, la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas, a los que, en definitiva, haya de otorgárseles una consideración análoga a la de las pruebas documentales”; pero sus previsiones no parecen en general enderezarse al propio

(5) Conf. SUÑÉ LLINAS, Emilio: “El procedimiento administrativo en la era digital: La necesidad de entidades de certificación”, págs. 207-31 de la obra colectiva *Luis Jordana de Pozas. Creador de Ciencia Administrativa*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2000.

documento negocial informático, aunque no faltan, como veremos, disposiciones de interés, como los artículos 326 y 812, en relación con el 517.

Y en el **campo registral**, con diferencia de pocos días, se han dictado la Resolución de 10 de abril de 2000, sobre publicidad formal e instrumental de los Registros de la Propiedad a través del correo electrónico, y la “Resolución-Circular de 26 de abril de 2000 (BOE 18 de mayo 2000), de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica, en relación con la actuación profesional de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles”, en la que también se contemplan los documentos notariales.

e) Finalmente en **Francia** ha sido aprobada la ley de 29 de febrero de 2000, número 465, “dirigida a la adaptación del derecho de la prueba a las tecnologías de la información y relativa a la firma electrónica” que, terminando el proceso iniciado por el Reglamento italiano y dejando de presentarse como ley especial, inserta sus disposiciones en el mismísimo Código Civil de Napoleón.

El Capítulo “De la prueba de las obligaciones y de la de su pago” (VI del Libro III, Título III) tenía desde 1804 dos artículos iniciales, 1315 y 1316, dedicados a la carga de la prueba y a los medios de prueba, a los que seguía la Sección Primera, “De la Prueba Literal”, que comenzaba con dos apartados, “1. Del título auténtico” (arts. 1317-1321), y “2. Del documento bajo firma privada” (art. 1322). Ahora los artículos 1315 y 1316 se conservan, pero el 1316 recibe la nueva numeración de 1315.1; queda así un hueco, el artículo 1316, al que se da nuevo contenido, y se le añaden otros cuatro artículos, 1316.1 al 4, formando los cinco un primer apartado, “Disposiciones generales”, de la Sección de la prueba literal.

En resumen, la prueba “literal” deja de consistir necesariamente en “letras”, y recibe una amplitud que comprende también la prueba electrónica, con lo que el soporte y la grafía de los documentos resultan indiferentes: el escrito en forma electrónica es medio de prueba, con la misma fuerza probatoria que el escrito en soporte papel, siempre que sea debidamente identificada la persona de que emana y se garantice su integridad, lo que se presume, salvo prueba en contrario, cuando la firma electrónica reúna las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado; en caso de conflicto de pruebas literales, el Juez resolverá.

Disposiciones generales

Art. 1316. “*La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission.*”

(La prueba literal, o prueba por escrito, resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras o de cualesquiera signos o símbolos dotados de un significado inteligible, cualesquiera que sean su soporte o sus modalidades de transmisión.)

Art. 1316.1. *“L’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l’intégrité.”*

(El escrito bajo forma electrónica se admite como prueba con el mismo título que el escrito sobre soporte papel, con la salvedad de que pueda ser debidamente identificada la persona de que emana y de que sea formado y conservado en condiciones idóneas para garantizar su integridad.)

Art. 1316.2. *“Lorsque la loi n’a pas fixé d’autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable quel qu’en soit le support.”*

(Cuando la ley no ha fijado otros principios, y a falta de acuerdo válido entre las partes, el juez resuelve los conflictos de prueba literal determinando por cualquier medio el título más verosímil, cualquiera que sea su soporte.)

Art. 1316.3. *“L’écrit sur support électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier.”*

(El escrito en soporte electrónico tiene la misma fuerza probatoria que el escrito en soporte papel.)

Art. 1316.4. *“La signature nécessaire à la perfection d’un acte juridique identifie celui qui l’appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte. Quand elle est apposée par un officier public, elle confère l’authenticité à l’acte.”*

Lorsque est électronique, elle consiste en l’usage d’un procédé fiable d’identification garantissant son lien avec l’acte auquel elle s’attache. La fiabilité de ce procédé est présumée jusqu’à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l’identité du signataire assurée et l’intégrité de l’acte garantie, dans des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat.”

(La firma necesaria para la perfección de un acto jurídico identifica al que la pone. Ella manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que derivan de ese acto. Cuando es puesta por un oficial público, ella confiere autenticidad al acto.)

Cuando es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantice su nexo con el documento al que se agrega. La fiabilidad de este procedimiento se presume, hasta prueba en contrario, cuando la firma electrónica se crea, la identidad del firmante se asegura y la integridad del documento se garantiza en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado.)

Según ya nos adelantaba el artículo 1316.4, la firma electrónica también puede ser “puesta por un oficial público”, que “confiere autenticidad al acto”. Dando un paso más respecto de la ley italiana, la francesa contempla, pues, la posibilidad de que un documento informático sea documento público. Por ello, la ley francesa retoca el apartado 1, “Del título auténtico”; inicia este apar-

tado el artículo 1317, con un solo párrafo, directamente inspirado en el “Tratado de las Obligaciones” de POTHIER⁶, paralelo a nuestro artículo 1216:

“L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises” (El acto auténtico es el que ha sido recibido por oficiales públicos con derecho a instrumentar en el lugar en el que el acto es extendido y con las formalidades legales). Pues bien, la ley de que tratamos añade un segundo párrafo: *“Il peut être dressé sur support électronique s’il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat”* (Puede ser extendido en soporte electrónico si es formado y conservado en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado).

Finalmente, en el apartado 2, “Del documento bajo firma privada”, se ha retocado únicamente el artículo 1326, relativo a documento por el que una sola parte se obliga frente a otra a pagarle una suma de dinero o un bien fungible; “debe ser consignado en un título que lleve la firma de quien suscribe esta obligación, así como la mención, escrita de su mano, de la suma o de la cantidad con todas sus letras y en cifras.” Esta expresión “escrita de su mano” (*“écrite de sa main”*), del *“bon pour”* o *“approuvé”*, que *a fortiori* comprende la firma misma, se sustituye ahora por “escrita por él mismo” (*“écrite par lui-même”*), por tanto aunque no sea de su mano.

III. Hecha esta breve enumeración de los textos que vamos a manejar, empecemos ocupándonos del **concepto de firma electrónica**, presupuesto indispensable de nuestro estudio. Ello es fácil —si logramos captar los tecnicismos en que viene expuesto—, porque en la legislación continental europea va introduciéndose la práctica de que sea la ley misma la que defina el sentido de las palabras que va a utilizar, técnica inglesa que, según enseñó RADBRUCH, estaba dirigida a evitar la disolución de las leyes del Parlamento, el *Statute Law*, en el tejido unitario del *Common Law*, por la vía interpretativa de los Tribunales⁷.

a) El concepto de firma electrónica no puede ser unitario por las diferen-

(6) *Oeuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le Code Civil et la Législation actuelle* por M. BUGNET. 2ª ed., París, 1861. Tomo II, “*Traité des obligations*”, núm. 730.1 (hay traducción española: *Tratado de las Obligaciones de Pothier*, traducido por S. M. S., Barcelona, 1878, Tomo I, pág. LXXIX (Proemio) +294+ Índice, Tomo II, p. 558+X (Índice).

(7) RADBRUCH: “los *Statutes* son interpretados con el espíritu de la *Common Law*, y quedan muy pronto transformados por una espesa capa de precedentes normativos y, de este modo, entretejidos inseparablemente en el tejido unitario de la *Common Law*. Es verdad que el Parlamento, por su parte, toma demasiadas medidas contra el peligro de que, por virtud de tales artes interpretativas, la ley pierda su espíritu y finalidad originaria. Para esto debe servir la complicada y precavida técnica inglesa de la ley, la disolución en una múltiple casuística, la acumulación de expresiones sinónimas, las definiciones, hasta donde sea posible, de las palabras usadas en la ley; una técnica legal de un género sumamente pesado y desafortunado. Pero el punto de vista de la *elegantia iuris*, la tendencia injustificada a ver lo mejor en lo que es sencillo y estéticamente bello, no tiene en Inglaterra la misma fuerza sobre los espíritus que en la jurisprudencia continental” (págs. 48-49). Conf. RADBRUCH, Gustav: *El espíritu del Derecho inglés*, traducción de Fernando Vela, *Revista de Occidente*, 1958, pág. 118.

cias tecnológicas existentes; tenemos, pues, que partir de un **concepto genérico de firma electrónica**, que resulta un concepto mínimo. Veamos la definición de nuestro Real Decreto-ley 14/1999, artículo 2.a): “<Firma electrónica>. Es el conjunto de datos, en forma electrónica, anejos a otros datos electrónicos o asociados funcionalmente con ellos, utilizados como medio de identificar formalmente al autor o a los autores del documento que la recoge.”

Directiva 1999/93, artículo 2: “A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) <firma electrónica>: los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación”.

La firma, según la clásica formulación de CARNELUTTI, tiene, entre otras, una función indicativa de su autor, que se desdobra en la mera indicación y en la certificación de la veracidad de esa identificación⁸; ambos aspectos parecen aludidos en el “identificar formalmente” del texto legal español. En la contratación informática, la indicación es precisa, porque naturalmente es una contratación entre ausentes, a distancia, en que las partes ni se conocen ni se ven, por lo que no se pueden identificar; y la acreditación preventiva de la veracidad de la indicación es necesaria, porque en la firma electrónica no cabe la sencilla verificación *a posteriori* mediante el cotejo de la firma. Pero este texto de nuestro Real Decreto-ley introduce una acertada restricción frente al comunitario, que habla en general de “medio de autenticación”, pues en esta expresión habría que comprender junto al elemento subjetivo, único a que hasta ahora se refiere nuestro Real Decreto-ley, otro gran tema, el elemento objetivo, la integridad del texto documentado, que no puede resultar de cualquier firma electrónica, sino sólo de la firma electrónica avanzada.

b) Los textos comunitario y español muestran, pues, con acierto, como punto de partida, una total amplitud de criterio en cuanto a la admisibilidad de los diversos procedimientos técnicos utilizados para obtener los resultados pretendidos. “Los rápidos avances tecnológicos y la dimensión mundial de Internet –explica la Exposición de Motivos de la Directiva, apartado (8)– hacen necesario un planteamiento abierto a diferentes tecnologías y servicios de autenticación electrónica de datos.” Pero esa amplitud no podía conducirles a una equiparación de eficacia entre productos tecnológicos de muy diversa fiabilidad; sería difícil, por otra parte, agrupar tales productos en unas cuantas clases de firmas digitales, intento que, además, rápidamente quedaría obsoleto; ha parecido, en fin, suficiente acotar aquellos productos que ofrecen más seguridad, a fin de reconocerles una mayor eficacia; y así surge, dentro del amplio concepto de firma electrónica, el restringido **concepto de firma electrónica avanzada**.

“<Firma electrónica avanzada> –define nuestro Real Decreto-ley, art. 2.b), inspirado también directamente en el Derecho comunitario–: Es la firma electrónica que permite la identificación del signatario y ha sido creada por me-

(8) CARNELUTTI, Francesco: “*Studi sulla sottoscrizione*” en *Studi di Diritto Processuale*, III, págs. 227-79, especialmente núms. 3, 5 y 6.

dios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que está vinculada únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, lo que permite que sea detectable cualquier modificación ulterior de éstos.”

Directiva 1999/93, art. 2: “...se entenderá por [...] 2) <firma electrónica avanzada>: la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: -a) estar vinculada al firmante de manera única; -b) permitir la identificación del firmante; -c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; -d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable” (art. 2).

Esta firma electrónica avanzada es la que garantiza los dos extremos a que nos referíamos, la identificación del firmante y la integridad del mensaje; cosas que, como adelantábamos, no toda firma electrónica puede asegurar.

Completa los requisitos de la firma electrónica avanzada el artículo 3.1 de nuestro Real Decreto-ley, exigiendo que la firma “esté basada en un certificado reconocido”, esto es: que reúna los requisitos que señala el artículo 8, y que haya sido “producida por un dispositivo seguro de creación de firma”, de conformidad con lo establecido en el artículo 19. Esa enumeración del artículo 3.1, invierte el orden cronológico de los hechos, pues primero es su producción y después su certificación, pero tiene la ventaja de poner de manifiesto que la base del sistema se encuentra en realidad en los Prestadores de Servicios de Certificación y en sus certificados “reconocidos”, Prestadores de Servicios que, además, son quienes normalmente habrán producido el dispositivo seguro de creación de la firma.

También la Directiva 1999/93, art. 5.1: “firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma”. (Anexo I, Requisitos de los certificados reconocidos. Anexo III, Requisitos de los dispositivos seguros de creación de firma electrónica).

Dispositivo “seguro”; certificado “reconocido”: los textos comunitario y español siguen produciéndose, en torno a la firma electrónica avanzada en términos de gran vaguedad (arts. 19 y 22, “razonablemente”, “fiablemente”, “correctamente”) en aras de su neutralidad tecnológica.

En el estado actual de la técnica informática y en el mercado tiene, por el contrario, absoluto predominio, por su mayor fiabilidad, el sistema de pareja asimétrica de claves para la codificación y ulterior descodificación de los mensajes. Un sistema simétrico, en el que una misma clave sirve para codificar el mensaje y para descodificarlo, sólo resulta adaptado a las redes cerradas, en que se puede proporcionar la clave al destinatario, si es que no se le había dado a conocer antes; pero una y otra cosa son bien arriesgadas en redes abiertas. En el sistema asimétrico, como es bien sabido, cada usuario tiene dos claves, una clave privada, que sólo él conoce, y una clave pública, destinada a ser conocida por los destinatarios de los mensajes; ambas claves están íntimamente entrelazadas, de manera que el mensaje cifrado con una de ellas sólo podrá ser descifrado por la clave pareja de la misma persona. Aplicado tal procedimiento a la firma de un texto, éste en su totalidad o, en la práctica dominante, un resumen del mismo o *abstract*, se encripta por el emisor del mensaje (en

nuestro caso, por el oferente o por una de las parte de un contrato) mediante su propia clave privada; y, en consecuencia, sólo podrá descryptarse mediante la clave pública del mismo emisor (del mismo oferente o del mismo contratante).

La llamada firma electrónica no es, por tanto, una suscripción que se ponga al pie de un texto documental, ni consiste tampoco en la clave privada del originador del mensaje, en la larga serie de dígitos alfanuméricos (letras y números) que la constituyen. La firma electrónica es, en suma, el resultado de la aplicación al mensaje informático de esa clave privada; consiste en el texto cifrado resultante de esa aplicación; con la consecuencia de que la firma electrónica de una persona, lejos de ser siempre la misma, es distinta en cada mensaje cifrado con ella, porque ese resultado no solamente depende de la clave que cifra, sino también del texto del mensaje cifrado con ella. Así se asegura la integridad del mensaje, pues la más pequeña alteración, aun en un solo *bit*, lo convierte en una jerga ininteligible.

Por eso los textos legales no definen la firma electrónica solamente como unos “datos” (Directiva Comunitaria) o “un conjunto de datos” (Real Decreto-ley español), “en forma electrónica”, sino como unos datos o conjunto de ellos “anejos” o “asociados” a otros datos electrónicos (textos de la Directiva y del Real Decreto-ley), idea que pone más gráficamente de relieve la expresión “sello de datos” (Alemania), o bien la referencia al “resultado” de un “procedimiento” (Italia), al “uso de un procedimiento” (Francia). En la doctrina, es muy precisa la definición de ZAGAMI: La firma digital es “un conjunto de caracteres alfanuméricos resultante de complejas operaciones matemáticas de criptografía efectuadas por un ordenador sobre un documento electrónico”⁹.

Las leyes alemana e italiana, acordes con esta realidad, expresamente se refieren al procedimiento técnico de pareja de claves asimétricas, privada y pública, con lo que dan más nitidez y seguridad al sistema, aunque con el evidente riesgo de quedar obsoletos por el progreso tecnológico; no hablan, sin embargo, de firma digital “avanzada”, pero dejan fuera del sistema a aquellas firmas digitales originadas por otros procedimientos técnicos (Alemania) o les reconocen menores efectos (Italia).

El texto francés insiste en la vaguedad; la firma electrónica a la que concede mayores efectos –sin denominarla tampoco “avanzada”–, “consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación”, y encomienda a un decreto en Consejo de Estado la fijación de las condiciones tecnológicas para esa firma electrónica de mayor eficacia. No anda demasiado alejado de esta solución el sistema español, que resuelve la indeterminación tecnológica de la firma electrónica avanzada a través del Reglamento de Acreditación de los Prestadores de Servicios de Certificación, aprobado por Orden de 21 de febrero de 2000, que también regula la evaluación del producto de firma electrónica.

Alemania, art. 2.(1): “Una firma digital, en el contexto de esta ley, es un se-

(9) ZAGAMI, Raimondo: “*Firme digitale, Crittografia e validità del documento elettronico*”, en *Diritto Informatico*, 1996, págs. 153-54.

llo de datos digitales creado por una llave privada, que permite determinar el propietario de la firma y la ausencia de adulteración de los datos, a través de la llave pública asociada a la anterior y determinada en un certificado”.

Italia, artículo 1. “...se entiende: [...] b) por firma digital, el resultado del procedimiento informático (validación), basado sobre un sistema de bases asimétrica en pareja, una pública y otra privada, que respectivamente permiten al suscriptor, por medio de la clave privada, y al destinatario, por medio de la clave pública, hacer manifiesta y verificar la proveniencia e integridad de un documento informático o de un conjunto de documentos informáticos”.

Francia, art. 1364.4, párrafo 2: “Cuando (la firma) es electrónica, consiste en el uso de un procedimiento fiable de identificación que garantice su nexo con el documento al que se agrega”. La fiabilidad se presume cuando “la firma electrónica es creada, la identidad del firmante asegurada y la integridad del documento garantizada, en las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado”.

c) Definida esta firma electrónica avanzada, quedan fuera aquellas otras a las que la Exposición de Motivos de la Posición Común denominaba “las demás firmas electrónicas” (B.1.a). Éstas no se definen, ni hace falta hacerlo, porque su concepto es puramente negativo; son aquellas firmas electrónicas que no reúnen todos los requisitos que se exigen para que una firma electrónica pueda ser calificada como “avanzada”.

La **eficacia de las firmas electrónicas no avanzadas** tiene que ser más reducida, según ya hemos indicado; pero “deberán beneficiarse, al menos, del principio de no discriminación –sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Posición Común– y, por lo tanto, no podrá considerarse que carecen de efecto jurídico únicamente porque aparezcan en forma electrónica o porque no respondan a los requisitos previstos para las firmas electrónicas avanzadas”. El artículo 3.2 de nuestro Real Decreto-ley así lo dispone: “A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior (referente a la firma electrónica avanzada), no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica”. No se les puede negar eficacia jurídica; no pueden excluirse como medio de prueba; pero nada más.

También la Directiva 1999/93, art. 5, bajo la rúbrica de “Efectos jurídicos de la firma electrónica”, después de haber dedicado el número 1 a los que produce la firma electrónica avanzada, contiene en el número 2 algunos efectos generales, que por tanto vienen a ser los únicos que corresponden a las firmas electrónicas no avanzadas: “2. Los estados miembros velarán porque no se niegue eficacia jurídica ni la admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales, a la firma electrónica por el mero hecho de que: –ésta se presente en forma electrónica, o –no se base en un certificado reconocido, o –no se base en un certificado expedido por un proveedor de servicios de certificación acreditado, o –no esté creada por un dispositivo seguro de creación de firma”.

En el Derecho italiano, conforme al artículo 5.2 del Reglamento, el documento informático que no está provisto de una firma digital que reúna los re-

quisitos exigidos por el artículo 10 no tiene la eficacia del documento privado, sino la de las reproducciones mecánicas (fotográficas, cinematográficas, fonográficas, etc.), de manera que hará “plena prueba de los hechos y de las cosas representadas si aquel contra el que se producen no desconoce su conformidad con los hechos o con las cosas mismas” (art. 2712); lo que según hemos anticipado no nos parece un medio de prueba, sino un fenómeno de admisión por la parte contraria de unos hechos que, en consecuencia, no es preciso probar. Y el Derecho francés niega la presunción de fiabilidad a las firmas que no reúnan las condiciones fijadas por decreto en Consejo de Estado (art. 1316.4, párrafo segundo), de manera que habrá de probarse la identidad del signatario y la integridad del texto; en otro caso, según buena parte de la doctrina francesa, valdrán como principio de prueba por escrito, conforme al artículo 1347 del *Code*¹⁰.

Los mismos efectos que los de la firma electrónica no avanzada parece que, como mínimo, serán los efectos jurídicos de las firmas electrónicas en los **sistemas cerrados y convencionales**; la Exposición de Motivos de la Directiva Comunitaria se refiere a ellos con las siguientes palabras: “(16) La presente Directiva contribuye al uso y al reconocimiento legal de la firma electrónica en la Comunidad; no se precisa un marco reglamentario para las firmas electrónicas utilizadas exclusivamente dentro de sistemas basados en acuerdos voluntarios de Derecho privado celebrados entre un número determinado de participantes. En la medida en que lo permita la legislación nacional, ha de respetarse la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas; no se debe privar a las firmas electrónicas utilizadas en estos sistemas de eficacia jurídica ni de su carácter de prueba en los procedimientos judiciales”. También ha sido la doctrina francesa la que más ha estudiado en nuestro tema estos pactos sobre la prueba¹¹.

d) Muy superiores son los **efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada**. Junto a los ya referidos de la identificación del signatario y de la garantía de la integridad del texto, que figuran en la misma definición del artículo 2.b), el artículo 3.1 del Real Decreto-ley añade una norma general, a la que, en parte, ya nos hemos referido: “La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”. El precepto tiene igualmente un origen comunitario.

Directiva 1999/93, artículo 5.1: “Los Estados miembros procurarán que la firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma: –a) satisfaga el requisito jurídico

(10) LABARTHE, Françoise: *La notion de document contractuel*, Librerie Générale, Paris, 1994, págs. 75 y ss.

(11) LABARTHE, op. cit. en la nota anterior, págs. 81 y ss.

de una firma en relación con los datos en forma electrónica del mismo modo que una firma manuscrita satisface dichos requisitos en relación con los datos en papel; y –b) sea admisible como prueba en procedimientos judiciales”.

Queda así sentado un criterio, no de igualdad de naturaleza, sino de equivalencia jurídica entre firma manuscrita en papel y firma electrónica, también proclamado en el Derecho italiano: “La aposición o la asociación de la firma digital al documento informático equivale a la suscripción prevista para los actos y documentos en forma escrita sobre soporte papel” (art. 10.2 del Reglamento).

IV. Estamos ya en condiciones de estudiar el objeto principal de esta comunicación, la **aplicabilidad de la firma electrónica a los documentos contractuales**.

a) El **planteamiento** de la cuestión nos viene dado por los mismos textos legales. “Las disposiciones contenidas en este Real Decreto-ley –dice nuestro 14/1999, art. 1.2– no alteran las normas relativas a la celebración, la formalización, la validez y la eficacia de los contratos y otros actos jurídicos ni al régimen jurídico aplicable a las obligaciones.”

La Exposición de Motivos de la Directiva 1999/93 ya advierte: “17) La presente Directiva no pretende armonizar las legislaciones nacionales sobre contratos, en particular por lo que respecta al perfeccionamiento y eficacia de los mismos, ni tampoco otras formalidades de naturaleza no contractual relativas a la firma; por dicho motivo, las disposiciones sobre los efectos legales de la firma electrónica deberán entenderse sin perjuicio de los requisitos de forma establecidos por las legislaciones nacionales en materia de celebración de contratos, ni para (sic) las normas que determinan el lugar en que se considera celebrado un contrato”. Y en consonancia, la Directiva dispone en su art. 1: “La presente Directiva tiene por finalidad facilitar el uso de la firma electrónica y contribuir a su reconocimiento jurídico. La presente Directiva crea un marco jurídico para la firma electrónica y para determinados servicios de certificación con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. La presente Directiva no regula otros aspectos relacionados con la celebración y validez de los contratos u otras obligaciones legales cuando existan requisitos de forma establecidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, ni afectan a las normas y límites, contenidos en las legislaciones nacionales o comunitarias, que rigen el uso de documentos”.

El estudio del Derecho comunitario nos llevaría demasiado lejos (art. 222 del Tratado de Roma; Directivas 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 y 97/7/CEE de 20 de mayo de 1997 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados por los consumidores, y sobre contratación a distancia, respectivamente; Proposición de Directiva sobre comercio electrónico en el mercado interior, citada en la nota 4, etc.); lo mismo ocurriría con el Derecho español. Y, además, resultaría innecesario por mantenerse nuestro trabajo en términos generales.

“Las normas sobre la prestación de servicios de certificación de firma electrónica que recoge este Real Decreto-ley –añade el texto español– no sustitu-

yen ni modifican las que regulan las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas, con arreglo a derecho, para dar fe de la firma en documentos o para intervenir en su elevación a públicos.” Las llamadas Autoridades de certificación nunca pudieron ser consideradas fedatarios públicos; menos ahora, cuando ha quedado claro que no son “Autoridades”, ni funcionarios, ni profesionales encargados de un función pública, sino “Prestadores de Servicios de Certificación”, esto es, empresarios particulares, en libre competencia, de un género especial y regulado de comercio.

Estos textos aparecen divergentes, según decíamos en la Introducción, con los de Italia y Francia, que también caben, desde luego, dentro del abanico de posibilidades que abre la Directiva. En el Derecho italiano, el documento informático provisto de los requisitos establecidos “satisface el requisito legal de la forma escrita” (art. 4.1); si está “suscrito con firma digital” conforme el Reglamento, “tiene la eficacia de documento privado en el sentido del artículo 2702 del Código Civil” (art. 5.1); y su firma puede ser autenticada por notario, con lo que “se tiene por reconocida en el sentido del artículo 2703 del Código Civil” (art. 16). Mayor divergencia presenta el sistema francés, que extiende la aplicabilidad de la firma electrónica al documento público: el escrito sobre soporte electrónico tiene la misma fuerza probante que el escrito sobre soporte papel (art. 1316-3), y se admite como prueba a su mismo nivel (art. 1316.1), de manera que a falta de ley o de pacto, el juez determinará cuál sea más verosímil, cualquiera que sea su soporte (art. 1316-2); incluso, como decimos, cuando se trata de documentos públicos (arts. 1316-4 y 1317).

Pero no solamente hay divergencia entre los textos italiano y francés, y entre los textos comunitario y español, sino que parece haber verdadera incongruencia dentro de éstos últimos, pues sus afirmaciones de que la firma electrónica avanzada satisface “el requisito jurídico de una firma [...] del mismo modo que una firma manuscrita” (Directiva, art. 5.1.a), tiene “el mismo valor jurídico que la firma manuscrita” (art. 3.1 del Real Decreto-ley), no se compaginan con la restricción de su aplicabilidad.

Queda así planteado el núcleo de esta exposición: si es acertada la delimitación del ámbito de aplicación de la firma electrónica que hace nuestro Real Decreto-ley, siguiendo al Derecho comunitario, y está, por tanto, equivocada la equivalencia de la llamada firma electrónica y la firma de nuestros documentos-papel o, por el contrario, el acierto está en esa equivalencia y son las restricciones a la aplicabilidad de la firma electrónica las que en vía de principio carecen de justificación.

b) En la doctrina es frecuente encontrar la afirmación de que la firma electrónica es, pura y simplemente, una firma más, “una ulterior modalidad” de la firma, en expresión de DEL VECCHIO¹². El argumento en contra resulta elemental: si así fuera, sobrarían todas las disposiciones legales de que venimos tratando, pues bastaría con aplicar las normas tradicionales anteriormente vi-

(12) DEL VECCHIO, Benedetto: “*Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica*”, *Rivista del Notariato*, 1991, pág. 992.

gentes. Sin embargo, esas modernas disposiciones, más cautas, hablan sólo de una equivalencia de efectos; para profundizar en el tema no es suficiente, por tanto, aquel planteamiento puramente lógico según el cual si la firma electrónica es una firma, ha de tener el mismo campo de aplicación que las demás firmas; es preciso aclarar cuál es la estructura de la firma y cuál su función para apreciar la razón de la equivalencia. Empecemos por la **estructura de la firma**, generalmente descrita como **manuscritura**.

La firma, como dice muy bien el reciente texto francés, es el “lazo” que une al firmante con el documento en que se pone (art. 1316.4.2), el nexo entre la persona y el documento. Para establecer ese lazo, la firma no necesita ni ser nominal, ni ser legible; esto es, no requiere expresar de manera legible el nombre del firmante; en una palabra, no requiere aptitud para desempeñar aquella función indicativa de la firma que señalaba CARNELUTTI y a la que se han agarrado los informáticos, pero que, ni antes ni mucho menos ahora, los documentos escritos acostumbra a cumplir. Los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (*inscriptio, praescriptio*), o en el cuerpo del documento; la función indicativa de la firma electrónica es, como ya hemos señalado, una exigencia de la contratación a distancia y no de los conceptos de documento y de firma.

Al constituir el lazo o nexo de la persona con el documento, la firma tiene que ser “documental” y “personal”, ha de haber sido puesta en el documento por el firmante “en persona”. La idea suele expresarse como “manuscritura”, escritura con la propia mano, del puño y letra del suscribiente; pero esta formulación resulta estrecha, tiene que ser ampliada a cualquier otra “grafía” puesta en el documento por el firmante mismo, a toda “olografía” o “autografía”; porque lo que en realidad subyace en el requisito de la manuscritura es la actuación del signante mismo en el documento. En consecuencia, la manuscritura puede ser sustituida por cualquier otra grafía del signante que necesariamente haya de ser personal, como hasta ahora viene ocurriendo con la huella dactilar, pero no por una grafía que pueda ser impuesta por un tercero o por procedimientos que permitan a terceros imponerla.

El reciente legislador francés se planteó la cuestión. En el anteproyecto de ley añadía un artículo 1322.1, para nada más comenzar a tratar “Del documento bajo firma privada”; la firma –decía– “consiste en la aposición manuscrita de un nombre o de otro signo personal incorporado al documento sobre el cual se coloca o, cuando es electrónica, en el uso de un proceso fiable de identificación que garantiza el lazo con el documento al que se asocia”. El precepto proyectado fracasaba, como tenía que fracasar, en su pretensión de dar un concepto unitario de firma para los documentos papel y electrónico; quizá por ello no llegó a aprobarse, porque ponía bien de manifiesto que se trata de cosas distintas; la firma, hasta ahora, era un signo “personal”, generalmente manuscrito, y la firma electrónica es el resultado de un “proceso” de aplicación de unos datos electrónicos a un texto electrónico. En cambio, ha llegado al *Code* una modificación, aunque pequeña, muy significativa, ya citada en el

artículo 1326. Según este precepto, cuando una sola parte se obliga, bajo su firma, frente a otra a pagarle una suma de dinero o un bien fungible, el documento debe tener la mención aprobatoria (*bon pour*, o *approuvé*) del montante de la obligación, escrita por el deudor “*de sa main*”, de su mano, palabras que ahora han sido sustituidas por las de “*par lui-même*”, por sí mismo; es precisamente lo que venimos sosteniendo respecto de la firma, que la esencia de la firma radica en ser una grafía puesta en el documento por la actuación “personal” del firmante, de manera que éste actúe “por sí mismo”, aunque no lo verifique “por su mano”, manuscribiendo.

En el caso de la firma electrónica, el certificado reconocido del prestador del servicio de certificación acreditará, con la eficacia que sea, quién es el titular de la clave pública con la que el documento ha sido descryptado; y de ello resultará quién es el titular de la clave privada con la que fue encriptado, porque el titular de ambas claves tiene que ser la misma persona; pero esta persona no tiene que ser necesariamente la misma que ha codificado el texto, pues ese certificado, por “reconocido” que sea, en manera alguna puede acreditar que el titular mismo de ambas claves es quien ha actuado su clave privada para cifrar el documento, hecho que el certificador ignora por completo, porque no estaba allí. Toda la tecnología de la doble clave asimétrica no puede determinar quién accionó la clave privada; lo mismo que la matrícula de un coche sirve para identificar a su titular, pero no para saber quién lo conducía al tiempo de un accidente. La firma electrónica avanzada, por tanto, identifica al “titular” de la pareja asimétrica de claves, pero no identifica al “firmante”, que puede ser otra persona distinta.

c) La función primordial de la firma no es esa identificación del firmante, sino la de ser instrumento de su declaración de voluntad. También, desde este punto de vista, se comprueba la inadecuación de la llamada firma electrónica para los documentos contractuales.

La verdadera función de la firma es, en efecto, la **función declarativa**, que es la que exige esa actuación personal del signante —enmascarada bajo el requisito de la manuscritura— imponiendo al documento una grafía. Una firma declara muchas cosas: declara que aquello es un documento, y no un proyecto o borrador, puesto que no hay documento sin autor; declara, al ser suscripción, que el documento está terminado, a la manera de la *completio* de los tabeliones bizantinos; declara que el firmante asume como propio el documento, y lo aprueba y confirma, en el concepto (otorgante, testigo, etc.) y en la medida en que el mismo documento establece. Pero la firma no se limita al documento, pues lo que principalmente se firma es su contenido, las manifestaciones o declaraciones que el firmante efectúa mediante el documento y, por tanto, en los documentos negociales, su declaración de voluntad.

La firma del otorgante es, pues, esencialmente “la manifestación exterior del consentimiento” (BEUDANT), “un acto jurídico sustancial” (COMO-

GLIO)¹³. La firma, como bien dice el reciente texto francés, “manifiesta el consentimiento de las partes a las obligaciones que derivan del documento” (art. 1316.4.1); o mejor, en expresión de DEL VECCHIO, la firma “constituye el punto de confluencia de la actividad negocial y de la actividad documental”, “es un elemento esencial del negocio y del documento”.¹⁴

En contra, huyendo del argumento, un gran especialista en Derecho informático, ZAGAMI: “Función declarativa. No es una consecuencia que deriva natural y lógicamente de la suscripción, sino que ha nacido como simplificación de la adopción de fórmulas más complejas que, primero por vía convencional, después por recepción legislativa, han desaparecido casi enteramente. Es posible, por tanto, que se atribuya el mismo valor a la aposición de una firma digital.”¹⁵

No hay tal origen convencional. La firma tuvo siempre naturaleza declarativa; pueden servirnos de ejemplo las Partidas: “el facedor del testamento deue escreuir su nome en la fin de la carta, diziendo así: Yo, fulano, otorgo que fize este testamento, en la manera que es escrito en esta carta” (P, 6.1.1). La fórmula se ha sintetizado, pero su naturaleza declarativa no ha variado.

En la serie de pensamientos que conducen a una declaración de voluntad, hay que distinguir, aunque “con las debidas reservas”, reconoce SCIALOIA, “la voluntad de la simple *inteligencia* del *acto intelectual*”.¹⁶ Frente a la consideración unitaria de la declaración de voluntad domina actualmente la distinción, dentro de ella, entre la declaración de voluntad propiamente dicha –subdividida, a veces, en voluntad de actuar y voluntad de declarar– y la voluntad negocial, concebida diversamente como el contenido de aquella declaración de voluntad o como la intención o propósito perseguido. La diferenciación se acrecienta en los casos de mayor complejidad, en que el contenido de la manifestación se objetiva en un “texto”¹⁷, y en los supuestos de pluralidad de partes, en que las declaraciones son necesariamente varias, tantas como personas, mientras que los textos contractuales, para unos son también varios, aunque idénticos, y para otros, frente a la pluralidad de declaraciones, hay un texto contractual único, común a todas las partes. En la vida jurídica, se encuentran supuestos de una y otra clase que, en parte, producen consecuencias también diversas.

Esta distinción entre “declaración” y “texto declarado” no es, pues, una su-

(13) BEUDANT, Ch.: *Cours de Droit civil français*, 2ª ed., Tomo IX, París 1953, núm 1194, a), pág. 268. COMOGLIO, Luigi Paolo: “*Le prove*”, *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro RESCIGNO, 19 “*Tutela dei diritti*”, III, Torino, Utet, 1985, Ristampa 1990, pág. 269.

(14) DEL VECCHIO, Benedetto: op. cit. en nota 12, págs. 982 y 983.

(15) ZAGAMI, Raimondo: “*La firma digitale*”, Convegno Catania, 25-10-1996, “*Diritto, Telematica e Amministrazione della Giustizia*” <http://www.lex.unict.it/news/convegni/convegno25-10/zagami/relazione.htm>, pág. 13.

(16) SCIALOIA, Vittorio: *Negocios jurídicos*, traducción de la 4ª ed. italiana por Francisco de Pelsmaeker e Iváñez, Sevilla, 1942, pág. 29.

(17) SACCO, Rodolfo: “*Il contratto*”, *Volume sesto, Tomo secondo*, del *Tratatto di Diritto Civile Italiano sotto la direzione di Filippo Vassalli*; UTET, 1975, págs. 102 y ss. Pueden verse también BETTI, Emilio: *Teoría general del negocio jurídico*, págs. 51 y ss., y FLUME, Werner: *El negocio jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, págs. 50 y ss.

tilidad de los juristas, sino una realidad que se remonta al mismo Derecho romano.

En el testamento *per aes et libram*, según se describe en las *Instituciones* de GAYO (2.104) y en las *Reglas* de ULPIANO (20.9), las disposiciones del testador no se hacían ya oralmente, sino por remisión a un escrito, “*ut in his tabulis cerisque scripta sunt*”, según están escritas en estas tablas enceradas.

Y lo mismo ocurría en la estipulación, acto entre vivos esencialmente oral, en que la obligación nacía “*verbis*”, por las palabras (“*verba, ex quibus obligatio oritur*”, PAULO, D, 45.1.126.2), mediante una pregunta y una respuesta congruente. Y, sin embargo, se admitió también, ya desde los tiempos de ALFENO, que la pregunta pudiera hacerse por remisión a un escrito, ¿darás, o harás, estas cosas que aquí están escritas? (“*haec quae supra scripta sunt?*”, PAULO, D, 17.2.72 pr. y D, 45.1.140 pr.).

Pues bien, la declaración de la voluntad de una persona, la exteriorización de lo que esa persona quiere (dejando a un lado el supuesto de la representación), sólo ella misma puede realizarla; un gran filólogo, VOSSLER, dejó escrito: “La expresión inmediata de la voluntad es, desde luego, la acción, no la palabra; es obrar, no hablar. Siempre tiene en sí el lenguaje, como expresión de la voluntad, algo indirecto, impropio, reflejo, traslaticio, mediatizado, figurado o —con un término de valor teórico— trópico [...] No existe, de hecho, en ninguna lengua de la tierra una expresión de la voluntad, del deseo, encargo o mandato que no sea figurada.”¹⁸

La firma, como acción, como actuación personal, es por ello imprescindible en los documentos negociales, aquellos por los que se verifica una declaración de voluntad (o se confiesa una declaración de voluntad precedente); en ellos, la firma no es un mero “requisito” del documento, como suele decirse, sino que es lo que “hace” documento de lo que antes de ella no era más que un proyecto; es el elemento de la documentación, de la validación documental de los diplomatas; sin firma no hay documento negocial... porque no hay negocio.

La esencialidad de la firma en el documento privado fue ya proclamada por los clásicos: “el que firmó un escrito se entiende que lo ha aprobado” (MASCARDO); “toda la fuerza de la aprobación se encuentra en la firma” (MENOCHIO)¹⁹; hasta el punto de que en el Derecho francés los documentos privados se denominan *actes sous seing privé* (arts. 1322 y ss. del *Code*). Lo mismo ocurre en la escritura pública, que es el documento notarial negocial.²⁰

(18) VOSSLER, Karl: “Los límites de la sociología lingüística”, pág. 256 de *Filosofía del lenguaje. Ensayos*; Buenos Aires, Losada, 2ª ed., 1947.

(19) MASCARDO, José: “*Is, qui scripturam aliquam conscripsit, ipsam approbare videtur*” (“*Conclusiones omnium probationum quae in utroque Foro quotidie versantur*”, *Augustae Taurinorum, Volumen Tertium*, MDCXXIII, folio 90v). MENOCHIO, Jacobo: “*Tota visapprobationis in subscriprione sit*” (Núm. 9, I-434); “*Consensus elicitor in sola ipsa subscriptione*” (Núm. 14, I-435); (“*De praesumptionibus, coniecturis, signis et indiciis Commentaria*”, *Genevae, Tomus Primus*, MDCLXXX, *Liber Tertius, Praesumptio* 66).

(20) Conf. mi conferencia “La forma notarial de la declaración de voluntad”, pronunciada el 29-4-1999 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada; publicada en la *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 30, abril-junio 1999, especialmente pág. 220.

Cuando, en contra de esa esencialidad, se ha hablado como IRTI de la “crisis de la suscripción”²¹, cuando se quiere alegar la existencia de documentos tradicionales sin firma o, como caso más llamativo, se cita el artículo 11 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías²², siempre se piensa o se acude a documentos probatorios, que pueden no precisar firma, por importantes que sean sus efectos.

La firma electrónica no puede llenar esta función declarativa por no exigir una actuación personal, que es imprescindible para exteriorizar la propia voluntad.

Mucho menos puede admitirse, y ni siquiera concebirse, que los servicios técnicos y administrativos de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda permitan “acreditar la identidad del emisor y del receptor de la comunicación, *así como la autenticidad de su voluntad*”, como dice el Real Decreto 1290/1999, de 23 de julio, art. 3.1.a).

d) Desde ambos puntos de vista, como grafía y como función, con total congruencia, la firma precisa de una actuación personal del firmante, una actuación física, corporal, del firmante mismo, porque sólo así puede ser instrumento de su declaración de voluntad. La consecuencia es obvia: **la llamada “firma electrónica” no es firma.** ¿Por qué la llaman “firma”, si no lo es?; ni siquiera se la califica, como en tantos otros aspectos de la informática, de firma “virtual”, con una polisemia sembradora de confusionismos, porque, según ha puesto de relieve FRISON-ROCHE, en una dirección aristotélica “la virtualidad de un hecho designa el desenvolvimiento que alcanzará mañana”, y ha obtenido en el Derecho aplicaciones tan notorias como la teoría del título y el modo; pero actualmente, “por la trasposición literal del término *virtually*”, la virtualidad recibe una acepción platónica, “por referencia a un mundo de reflejos y de realidades ideales”²³, sin existencia real, ni actual ni futura, que jurídicamente sólo puede ser fuente de confusiones que, a veces, parecen buscadas a propósito.

La clave privada de la firma electrónica puede ser utilizada, como veíamos, para la criptación del texto por un tercero, incluso sin consentimiento ni conocimiento de su titular, y entonces nadie podrá decir que el titular ha declarado nada; quien ha declarado es una tercera persona de su entorno en la que había depositado su confianza, que había memorizado, al usarse en su presencia, no ya los innumerables dígitos de la clave privada misma, lo que sería im-

(21) IRTI, Natalino: *Idola libertatis*, Giuffrè, Milano, 1985, pág. 75.

(22) Art. 11: “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito, ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos”. “Las pocas referencias de la Convención a la forma escrita –comenta John O. HONNOLD– no exigen firma ni ningún otro signo o marca de validez” (“Derecho uniforme sobre compraventas internacionales”, Convención de Naciones Unidas de 1980), Edersa, 1987, pág. 127.

(23) FRISON-ROCHE, Marie-Anne: “*L’immatériel à travers la virtualité*”, págs. 139-48 de *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 43, *Le droit et l’immatériel*, 1999; palabras citadas en págs. 142 y 146.

posible, sino los poquísimos que permiten el acceso a ella a través de un PIN o de una *password*, o que se había apoderado del soporte en que está registrada; piénsese, sobre todo, que la clave privada puede registrarse en cualquier tipo de soporte, como admite el artículo 7 del Reglamento italiano, y que ese soporte no será necesariamente único, sino que, por el contrario, el volumen de la empresa exigirá muchas veces una pluralidad de soportes de clave privada.

“Todavía no se ha encontrado un equivalente funcional de la firma”, escribía en 1957 Rafael NÚÑEZ-LAGOS con referencia al disco fonográfico y a la escritura Braille²⁴; lo mismo ocurre hoy con el documento informático.

e) Ahora bien, si no es “firma”, ¿qué es la llamada firma electrónica? A mi manera de ver, **la firma electrónica es un sello**, un perfeccionamiento del sello imprimado en el documento con un signáculo que trasciende todo el texto sellado y lo encripta, con lo que, por añadidura, se logra la integridad del documento.

La distinción entre la firma y el sello radica precisamente en que la firma exige una actuación de la persona misma del firmante, mientras que el sello puede imponerse por otra persona. Por ello solamente en el Derecho público arraigó el documento sellado con un *authenticum sigillum*²⁵, porque las que podríamos llamar Administraciones Públicas tenían los *selladores* de que nos hablan las Partidas²⁶, que sellaban los documentos y custodiaban los sellos bajo rigurosas normas penales. Y por la misma razón el signo notarial es firma y no es sello, porque exige una actuación personal del notario mismo y, de acuerdo con esta naturaleza, el artículo 196.3 del Reglamento Notarial dispone: “A ningún notario se le concederá autorización para signar ni firmar con estampilla”. La estampilla, en formas tradicionales o mediante sofisticadas “máquinas de firmar” de moderna invención, no firman, sino que estampan “sellos”.

Mi opinión de que la firma electrónica es un sello –no en vano procede del mundo anglosajón– está lejos de ser aislada; Silvia MICCOLI la llamó “sello digital”, y GAETE “*sigillum informaticum*”²⁷; y si de la doctrina pasamos a la legislación, la Ley alemana, según hemos visto, define la firma digital como un “Sello –*Siegel*– de datos digitales” (art. 2.1); en la italiana, asoma esta idea al afirmar que la aposición de firma digital integra y sustituye a la aposición de

(24) NÚÑEZ-LAGOS, Rafael: “Concepto y clases de documentos”, *Revista de Derecho Notarial*, XVI, abril-junio 1957, pág. 21; y *Estudios de Derecho Notarial*, I, pág. 285.

(25) Conf. la decretal X, 2.22.2, *Scripta vero authentica*, del Pontífice Alejandro III, año 1166.

(26) Conf. Partidas, III.19, “De los sellos e de los selladores de la Cancillería”, leyes 1-12.

(27) MICCOLI se refiere a “la impropia denominación” de firma digital con estas palabras: “llamar al algoritmo que identifica al autor del mensaje electrónico firma digital o firma electrónica es impreciso y posible fuente de equivocaciones”; y concluye: “la firma digital corresponde perfectamente a la impronta del sello”, y debe llamarse “*rectius*: sello electrónico”; GAETE utiliza la expresión de “*sigillum informaticum*”. Conf. MICCOLI, Silvia: “*La sicurezza giuridica nel commercio elettronico*”, Università degli Studi di Pisa, Tesi de Laurea, Anno Accademico 1994-1995, págs. 29 y 31; GAETE GONZÁLEZ, Eugenio Alberto: “Instrumento público electrónico”, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Lleida, 1998, (inédita), I, pág. 263 y nota 724.

“sellos, punzones, timbres, contraseñas y marcas” legalmente previstas (arts. 10.6 y 16.3); y en nuestro Derecho, es sintomático que el artículo 81 de la Ley 66/1997 y disposiciones que la desarrollan encarguen la prestación de servicios de seguridad para la comunicación electrónica en el ámbito de la Administración Pública, precisamente a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; la memoria nos lleva a la *Lex Cornelia testamentaria nummaria*, dada por el dictador SILA el año 81 antes de Cristo, que, al penar conjuntamente la falsificación de la moneda y la falsificación de los sellos de los testigos de un testamento (la declaración del testador era oral; repitamos que el sello no es apto para una declaración de voluntad), puso bien de relieve, como nos dice Álvaro D’ORS, que “el elemento común era el abuso del signo”²⁸.

Seguramente es de la misma opinión el artículo 812.1^a de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, que permite acudir al proceso monitorio a quien acredite una deuda “mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca, o con cualquier otra señal física o electrónica proveniente del deudor”.

f) El documento informático puede, evidentemente, ser entre nosotros **forma de un contrato**, en virtud del principio de libertad de forma, y “no se le negarán efectos jurídicos”, según dispone el artículo 3.2 del Real Decreto-ley; pero esta posibilidad queda, en lo demás, al margen de la normativa que estudiamos, española y comunitaria, aunque se trate de firma digital avanzada, porque esas legislaciones no abarcan el documento electrónico en su totalidad, sino que se limitan a regular el uso de la firma electrónica para promocionar su difusión en el tráfico. Como consecuencia, y en virtud de la disposición expresa del artículo 1.2 del Real Decreto-ley, el documento informático no será aplicable en los supuestos excepcionales de exigencia legal de una forma determinada, pública o privada, cualquiera que sea la intensidad con que se exija; lo mismo, por tanto, si la forma se exige *ad solemnitatem*, o se trata de formas vinculadas a efectos más limitados, como sucede en el Código Civil con los supuestos del artículo 1280 y en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil con el artículo 517, que no incluye al documento informático entre los títulos ejecutivos.

No cabe desconocer que muchas veces resultará difícil escindir los efectos del documento informático de los efectos de la firma digital, que es su elemento creacional; pero también pecan de simplistas la solución italiana y la francesa que creen resolver todos los problemas con la afirmación de que el documento informático provisto de los debidos requisitos “satisface el requisito legal de la forma escrita”, según dice el artículo 4.1 del Reglamento italiano o, como más ampliamente expresa el artículo 1316 francés, “la prueba literal, o prueba por escrito, resulta de una serie de letras, de caracteres, de cifras, o de cualesquiera signos o símbolos dotados de un significado inteligible, cuales-

(28) D’ORS PÉREZ-PEIX, Álvaro: “Contribución a la historia del *crimen falsi*”, Studi Volterra, II, pág. 546.

quiera que sean su soporte o sus modalidades de transmisión”; posiblemente se ha querido superar una larga tradición de considerar la prueba documental como prueba “literal”, según las rúbricas de los Códigos francés e italiano de 1865.

g) Pasando de la forma a la **eficacia probatoria**, la firma electrónica no puede ser excluida como prueba en juicio, según el mismo artículo 3.2, pero aunque sea avanzada no es una prueba legal mediante documento privado, por excluirlo el artículo 1.2, de manera que, en todo caso, su valor probatorio será apreciado por los Tribunales según las reglas de la sana crítica. Para comprobar estos asertos no estará de más echar un vistazo a la doctrina italiana, donde la cuestión ha sido ya objeto de interesantes estudios.

Recordemos, para centrarnos que, según el artículo 5.1 del Reglamento italiano, el documento informático suscrito con firma digital que cumpla los requisitos reglamentarios tiene la eficacia de documento privado conforme el artículo 2702 de su Código Civil y, por tanto, hace prueba plena hasta querrela de falsedad si aquel contra el que se produce reconoce su firma, o bien ésta se considera legalmente como reconocida; los artículos 214 y siguientes del Código Procesal Civil italiano establecen que el pretendido autor del documento puede limitarse a desconocer la firma, correspondiendo entonces a la otra parte instar el procedimiento de verificación.

Pongamos nuestra atención en el punto clave de la ilícita utilización de la clave por un tercero.

Las dos tesis extremas han sido defendidas por ZAGAMI y por FERRARI. ZAGAMI²⁹ considera superflua la normativa dictada, en cuanto que siempre tiene que haber precedido una certificación que hace innecesaria la ulterior verificación de la firma. En sentido opuesto, FERRARI³⁰, planteando nuestra objeción, estima que “el procedimiento de certificación que precede a la entrega de la clave pública proporciona una certeza sólo en orden a la identificación del sujeto que ha solicitado la clave misma, pero no consiente de cualquier modo excluir que, sucesivamente a la entrega, algún otro utilice ilegítimamente la clave entregada al titular. La existencia de este riesgo impone considerar imprescindible el reconocimiento expreso o tácito del documento informático por parte del sujeto contra el que se ha producido el juicio” (págs. 146-47); y, a falta de reconocimiento, “en cuanto concierne al juicio de verificación, me parece que no puede ser negada su compatibilidad con el documento informático” (pág. 148).

Una doctrina intermedia, difícilmente conciliable con el tenor literal del precepto italiano, ha sido expuesta por GRAZIOSI³¹ que, rechazando el desconocimiento de la firma, no admite más defensa contra el documento con firma digital que la querrela de falsedad, también aplicable cuando ha sido un

(29) ZAGAMI, op. cit. en nota 9, pág. 163.

(30) FERRARI, Francesca: “*La nuova disciplina del documento informatico*”, *Rivista di Diritto Processuale*, enero-marzo 1999, págs. 129-62.

(31) GRAZIOSI, Andrea: “*Premesse ad una teoria probatoria del documento informatico*”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1998, II, págs. 481-529.

tercero el que ilícitamente lo ha firmado. Estima este autor (pág. 515) que el reenvío al artículo 2702 contempla “sólo el efecto jurídico previsto por esta norma”, lo que conduce “a una relevante simplificación”; pero no remite “a los supuestos de hecho a los que la misma norma liga aquel efecto procesal”, lo que supondría una “notable complicación” (pág. 514) y “endosaría a la parte que produce el documento informático una carga probatoria cuasi diabólica”, porque los medios con que contaría para probar la autenticidad de la firma digital desconocida “estarían verdaderamente reducidos al mínimo” (pág. 516). “Ciertamente el riesgo de la falsedad de la suscripción permanece –reconoce GRAZIOSI– y está conexionado principalmente a la eventualidad de que la composición de la clave privada venga fraudulentamente descubierta por sujetos distintos del titular, para ser utilizada ilícitamente en su daño. Esta hipótesis y cualquier otra posible forma de contrafacción estarán obviamente cubiertas por el juicio de falsedad” (pág. 517).

Y finalmente PATTI³² empieza por reconocer que en el supuesto de la firma digital, “como sucede en otros casos en que la declaración viene confiada a instrumentos externos a la persona, y la conexión con el declarante prescinde del tradicional medio de imputación constituido por la suscripción autógrafa, surge el problema del uso no autorizado del instrumento –en la presente hipótesis de la clave de suscripción– por parte de sujeto distinto del titular” (pág. 67); pero niega que exista entonces un problema de autenticidad de la firma, puesto que la clave utilizada ilícitamente por el tercero es la auténtica clave privada del titular: “la firma digital puesta por persona diversa del titular de la clave (y no autorizada a hacerlo)” no plantea “un problema de autenticidad de la firma digital (que para PATTI sólo surge en caso de ‘alteración de la firma digital’, pág. 76), sino de ilícita utilización del instrumento por obra de terceros”; no cabe en este caso el “desconocimiento” de la firma digital, porque “ella es la suscripción de la persona que resulta titular”, y “no se puede afirmar y pretender demostrar que aquélla no es su firma” (pág. 67); por tanto, “el medio de tutela (del titular de la clave) no es el desconocimiento” (pág. 75) de una firma que es auténtica, sino que estamos ante “una hipótesis de falsedad por contrafacción, a causa de la utilización abusiva del nombre de otro por parte de quien efectúa la declaración” (pág. 77); es más, para ejercitar esta querrela de falsedad, el titular deberá “reconocer la propia suscripción: el reconocimiento constituye, en efecto, presupuesto para invocar tutela contra la ilícita utilización” (pág. 76). Finalmente, en la “distinta hipótesis de la firma digital puesta por el sujeto que ha recibido la clave del titular y la ha utilizado en modo disforme a las instrucciones [...] resultan evidentes las analogías con el supuesto de la firma en blanco” (pág. 79). Tiene que reconocer PATTI que el supuesto de hecho del artículo 2702 “presupone una suscripción autógrafa, basada sobre la necesaria conexión entre la insustituible acción del sujeto que resulta firmante y el resultado de la acción misma. Tal conexión falta, por el

(32) PATTI, Salvatore: “L’efficacia probatoria del documento informatico”, *Rivista di Diritto Processuale*, enero-marzo 2000, págs. 60-92; ver especialmente págs. 67, 75 y ss.

contrario, en la firma digital” (pág. 75); con lo que viene proclamada la falta de identidad de la llamada firma electrónica con la firma autógrafa de los documentos tradicionales en papel.

En el momento genético hay, pues, una diferencia esencial entre firma manuscrita en documento privado y firma electrónica en documento informático, que impide aplicar a ésta las normas dictadas para aquélla. Esta realidad de las cosas no puede evitarse por una presunción de “la identidad del signatario”, a la manera introducida por la Ley francesa para el supuesto de firma electrónica creada en las condiciones fijadas por decreto del Consejo de Estado (art. 1316-4); porque la “identidad de la clave”, que es lo que intentan alcanzar esas condiciones, es algo totalmente distinto de la “identidad de la persona”, que en el caso concreto ha utilizado la clave privada para la encriptación de un texto.

Las mismas diferencias abismales entre firma autógrafa en documento papel y firma electrónica existen, cuando sean desconocidas, en el momento procesal de su respectiva verificación. En la verificación judicial de la firma electrónica desconocida no vale el simple cotejo, porque no existe una firma igual con el que practicarla, sino que podrán plantearse las más diversas y complejas cuestiones de tecnología informática, pues incluso donde exista una presunción legal para la firma avanzada cabe la prueba en contrario; podrá también discutirse, a pesar de la aprobación para la Administración, la validez del certificado reconocido emitido por el Prestador del Servicio de Certificación, con la variedad de flancos que abre la vaguedad de los términos –“seguro”, “razonable”, “correcto”, “fiable”– que los textos legales utilizan; podrá plantearse la identidad de la persona que ha realizado la codificación y sus relaciones con el titular de la clave; y, claro es, si el titular de la firma electrónica la ha solicitado en representación de otra persona física o jurídica, cabrá igualmente discutir la existencia, suficiencia, etc. de esa representación. Por eso el artículo 326.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que “cuando se impugnaré la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”; no pongamos la atención en la calificación de “documento privado”, que se hace en el sentido negativo de que no se trata de documento público, sino en el “cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto”, que pone de relieve la amplitud que la verificación puede alcanzar; precisamente para evitarlo se ha ideado, en vano, el complejo sistema de la verificación preventiva.

El Reglamento italiano, según ya hemos indicado, para evitar la posibilidad de utilización de la clave privada por un tercero, permite en el artículo 16.1 la **autenticación notarial de la firma digital**, con lo que la firma se tiene por reconocida (art. 2703 CC) y ya no es posible su desconocimiento, sino sólo la querrela de falsedad. “La autenticación de la firma digital consiste –añade el número 2 del precepto– en la atestación por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste

con el ordenamiento jurídico de conformidad con el artículo 28, número 1, de la ley de 16 de febrero de 1913 (n. 89)". El precepto está bien intencionado, al salvar los dos fundamentales preceptos de la Ley Notarial italiana, relativos a la indagación de la voluntad de las partes y al control de la legalidad del acto, los artículos 47.3, "*Spetta al notaro soltanto d'indagare la volontà delle parti...*" y 28, "*Il notaro non può ricevere atti: 1) se essi sono espressamente proibiti dalla legge o manifestamente contrari al buon costume o all'ordina pubblico*".

Pero me parece difícil que un notario pueda dar fe de que la persona que ha identificado como titular de una determinada clave pública acciona ante él precisamente la pareja clave privada para codificar el texto ya que, aun prescindiendo de su reciente variabilidad, la clave privada es por definición secreta, también para el notario.

Tampoco comprendo mucho la finalidad del depósito en el notario de lo que el depositante declara ser el soporte de su clave privada; y menos todavía la aplicación al caso de unas reglas como las del testamento cerrado, dictadas precisamente para cuando el depositante ha fallecido.

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

El problema que planteamos es totalmente distinto del de la **posibilidad de que los Notarios actúen como Prestadores de Servicios de Certificación de firmas electrónicas**.

Prontamente se había llegado a la convicción de que el documento informático no podía funcionar de manera autónoma; que no bastaba con que el destinatario comprobase en una guía, a la manera de las de teléfonos, quién era el titular de la clave pública, sino que se precisaba la intervención de un Tercero de Confianza de las Partes, con carácter de verdadera Autoridad de Certificación, para identificar a ese titular, comprobar sus facultades si intervenía en representación de otra persona y acreditar la vigencia de la certificación.

Estas misiones no podían ser asumidas por el llamado *notary public* norteamericano, lego en Derecho, por lo que en los Estados Unidos surgió la idea de perfeccionarle creando el que, no con demasiado acierto, se denominó *Cybernotario*; y en los países de Derecho latino se pensó, con evidente precipitación, que eran los mismos notarios latinos los que debían desempeñar el pa-

pel de Autoridades de Certificación; la “figura del notario latino –dice Mario MICCOLI–, difícilmente se lograría compendiar más felizmente y más sucinamente que indicándole *como un sujeto de confianza de la sociedad dotado de terceridad y poderes de certificación*, indicando por tanto los elementos que según la opinión prevalente deben ser propios de la *Certification Authority*”³³; con lo cual MICCOLI, nada menos que Presidente de la Comisión de Seguridad Jurídica e Informática de la Unión Internacional del Notariado Latino, se olvidaba de que Autoridad de Certificación y Notario en manera alguna se identifican, aunque tengan algunas tareas comunes; el notario tiene otras funciones más amplias, de determinación de la voluntad de los otorgantes, información y consejo, redacción y adecuación, ajenas totalmente a esas Autoridades de Certificación nacidas –no puede olvidarse– en el ámbito del Derecho norteamericano; pero la Autoridad de Certificación tiene también funciones que actualmente no competen al notario latino, algunas de las cuales, quizá, no le sea posible asumir.

No insistimos sobre ello porque la Autoridad de Certificación ha sido despojada en todos los textos legales examinados de su carácter de autoridad, o de funcionario, o de ejerciente privado de funciones públicas, para quedar convertido en un empresario privado: un “Prestador de Servicios de Certificación”; con lo que terminará por abandonarse al sistema de seguridad jurídica preventiva, y sustituirle por un seguro privado, con arreglo a la mentalidad y a la práctica de EE. UU.

Toda prudencia es poca a la hora de introducir en el Derecho positivo un instrumento público negocial informático; es preferible dejar que el tiempo madure las sensibilidades y muestre los resultados favorables o desfavorables que se produzcan en otros ámbitos, puesto que, como escribió LISERRE, los notarios están “mayormente expuestos, como categoría, a los riesgos y a las incertidumbres de una innovación que incide centralmente en su función de productores, por así decir, de autenticidad”³⁴.

Es conveniente, por tanto, comenzar por documentos notariales de menor entidad, como puedan ser las cédulas de notificación o requerimiento, o las copias autorizadas. Pero teniendo siempre en cuenta que se trata de verdaderos instrumentos públicos, que tienen que hacer fe por sí solos, por lo que no se puede exigir que vayan acompañados de un certificado reconocido expedido por un Prestador de Servicios de Certificación; en ello parece no haber reparado la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros de 26 de abril de 2000. Tendría que ser el Colegio Notarial respectivo, o el Consejo General del Notariado, el que certificara la clave pública de los notarios, que deberán tener registrada, a la manera de lo encomendado a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre – Real Casa de la Moneda para los documentos administrativos. Y así habríamos redescubierto la legalización.

(33) Conf. MICCOLI, Mario: “*Commercio telematico: una nuova realta' nel campo del diritto*”, <http://www.notariato.it/forum/rbogot.htm>; pág. 7 de 12 respectivamente, 27-11-1997.

(34) LISERRE, Antonio: “*L'avvento del documento elettronico*”, *Rivista di Diritto Civile*, sep.-oct. 1998, págs. 475-82; las palabras citadas en pág. 481.

Uno de los requisitos conceptuales de la escritura pública, como de todo documento público, es el de estar autorizada “con las solemnidades requeridas por la ley” (art. 1216 CC); hace falta, pues, una ley que regule los requisitos formales de la escritura pública informática, que tantas modalidades tiene que presentar respecto de las actuales formalidades de la escritura pública en papel; la materia no puede encomendarse a un Decreto, como hace la ley francesa, porque no estamos en el ámbito administrativo sino en el civil. Pero, junto a las solemnidades documentales, hay que tener siempre bien presentes las exigencias de la función notarial; entendía IRTI –para citar a un ilustre jurista que no sea notario– que “la introducción del documento público electrónico no empobrecería la figura del notario. El párrafo 3º del artículo 47 –en el que residen la dignidad más alta y la responsabilidad más grave del notario– sobrevivirían con diversos contenidos. La obligación de indagar la voluntad de las partes, y de dirigir personalmente la compilación íntegra del documento, asumiría una extraordinaria densidad tecnológica”³⁵; ello es cierto, pero insuficiente, porque hay que salvar la función notarial toda: el asesoramiento, el control de legalidad, la redacción, la explicación del contenido del documento, etc., con las necesarias modalidades de aplicación. En otro caso, el notario habría quedado convertido en notario “*virtual*”, expresión que también he leído, y el documento resultante sería paralelamente una escritura pública “*virtual*”, pero no una verdadera escritura pública.

Especiales dificultades presenta el asesoramiento notarial. La normalidad del documento informático no es otra que la contratación a distancia; cada uno de los otorgantes está en un lugar geográfico distinto, con su respectivo notario; la indagación de la voluntad “común” de las partes, el consejo “imparcial”, a una y otra, al mismo tiempo, no parece posible. El Código Europeo de Deontología Notarial de 1995 admite, sin embargo, que en las operaciones transfronterizas, el notario del país de origen acompañe a su cliente en los otorgamientos en país extranjero, colaborando con el notario de este último país en el mismo asunto; ambos notarios, afirma, “deben buscar juntos una solución común que garantice el conjunto de intereses de las partes”; pero me parece que sobre esa forma de autorización se cierne el riesgo de que un solo consejo notarial sea sustituido por dos consejos unilaterales, que poco tendrían de notariales.

No se aprecian, por otra parte, las ventajas de este sistema sobre el de otorgamiento separado de cada consentimiento en una escritura papel y comunicación telemática entre ambos notarios, que operando en tiempo real, eliminan muchas de las inseguridades jurídicas de los otorgamientos sucesivos.

V. Después de este largo recorrido estamos en condiciones de **concluir**: no existe una equivalencia jurídica entre firma manuscrita en papel y firma electrónica proclamada en los textos legales; resulta, por tanto, plenamente ra-

(35) IRTI, Natalino: “*La memoria dell’impresa (dai quadernacci di Francesco Datini ai nastri magnetici)*”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1991, I, págs. 52-59; las palabras citadas en pág. 59.

zable negar la aplicabilidad de la firma electrónica en toda clase de documentos públicos y privados que contengan declaraciones de voluntad. Sin perjuicio, claro es, de la general aplicación de la firma digital en el comercio electrónico, porque el comercio siempre ha actuado mediante hojas de pedido, albaranes, cartas de confirmación, telegramas, etc., esto es, mediante documentos de índole probatoria, ahora perfeccionados en el documento informático.

Se me dirá que el titular de la clave privada resultará **responsable** por no haber guardado la debida diligencia en su custodia. Aunque los textos legales no se la imponen expresamente, esta obligación resulta de los mismos conceptos legales de clave electrónica avanzada, al referirse a los medios que el firmante puede mantener, o mantiene “bajo su exclusivo control” (Directiva, art. 2.2.c; Real Decreto-ley 14/99, art. 2.b). Pero la indemnización de unos daños y perjuicios, aunque se tratara de una responsabilidad objetiva, es algo totalmente distinto del vínculo contractual; las obligaciones contractuales no pueden nacer de una negligente custodia, sino *ex contractu*, de una declaración de voluntad³⁶.

La doctrina conoce, ciertamente, las llamadas relaciones contractuales de hecho, derivadas de la imputación de una conducta social típica; y también los “cambios de mercado”³⁷, con máquinas automáticas, en los centros comerciales, sobre módulos o formularios, televisivos, telemáticos; pero preguntémosnos con OPPO si suponen una deshumanización del contrato, quien termina con las palabras de Alberto TRABUCCHI: “El contrato conserva siempre, sin embargo, su significado y la sola hipótesis de su desaparición de las fundamentales relaciones de la vida en sociedad tendría el significado de renuncia a considerar la libertad como base de las relaciones humanas”³⁸.

Pretender basar la contratación electrónica directamente en la ley, en los usos o en la buena fe, y no en la voluntad de los contratantes y en su declaración, supone olvidarnos de toda la teoría del contrato (y del negocio jurídico) y sustituir nuestro sistema de la contratación por otro sistema de imputación de una conducta, de clara inspiración norteamericana. Repetía don Claudio SÁNCHEZ ALBORNOZ, y con esto termino, que los pueblos cambian de habla, y hasta de religión, con menos dificultad que abandonan sus normas, sus tradiciones jurídicas³⁹; espero que los pueblos europeos sigan obrando de la misma manera.

(36) Las disposiciones sobre vigencia de los certificados (art. 9) afectan a su vez a la responsabilidad del Prestador del Servicio de Certificación (art. 14), pero no confieren una eficacia sustantiva a sus Registros de Certificados.

(37) Conf. IRTI, Natalino: “*Scambi senza accordo*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, junio 1998, págs. 347-64.

(38) OPPO, Giorgio: “*Disumanizzazione del contratto?*”, *Rivista di Diritto Civile*, sep.-oct. 1998, págs. 525-33; cita de TRABUCCHI en pág. 533.

(39) SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio: “Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana en la España goda”, págs. 559 y 560; (*Estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Universidad Autónoma de México, 1965).