

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central figure, likely a religious or historical figure, surrounded by a ring of text in Spanish. The text around the seal includes "UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA" at the top and "FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES" at the bottom. The seal is rendered in a light, dotted style.

**CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y CERTEZA
JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA**

EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2016

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y CERTEZA
JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

De la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

De la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, noviembre de 2016

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic.	Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic.	Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda.	Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutía
VOCAL V:	Br.	Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

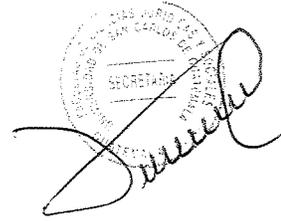
Primera Fase:

Presidente:	Lic.	José Luis Portillo
Vocal:	Lic.	Ronald David Ortiz Orantes
Secretario:	Lic.	Rodolfo Giovanni Silvestre Reyes

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Dilia Augustina Estrada García
Vocal:	Licda.	Roxana Elizabeth Alarcón García
Secretaria:	Licda.	Ethel Judith Cardona Castillo de Duque

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



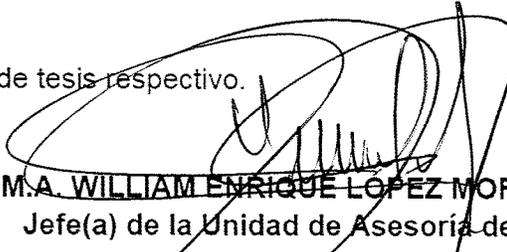
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala,
 01 de junio de 2016.

Atentamente pase al (a) Profesional, LUIS FRANCISCO MENDOZA GUTIÉRREZ
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR, con carné 200912163,
 intitulado CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA EN LA
CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

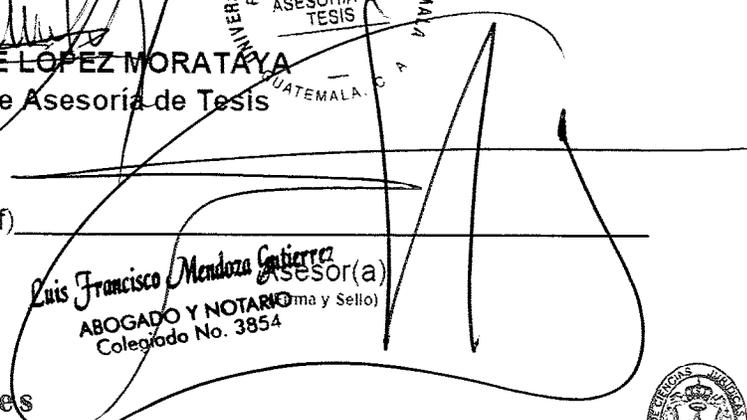
El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


M.A. WILLIAM ENRIQUE LÓPEZ MORATAYA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis



Fecha de recepción 24/06/2016 f)


Luis Francisco Mendoza Gutiérrez
 ABOGADO Y NOTARIO (ma y Sello)
 Colegiado No. 3854





Lic. Luis Francisco Mendoza Gutiérrez
Abogado y Notario
Colegiado No. 3854
15 Calle 1-52 Zona 1

Guatemala, 6 de julio de 2016

M.A.

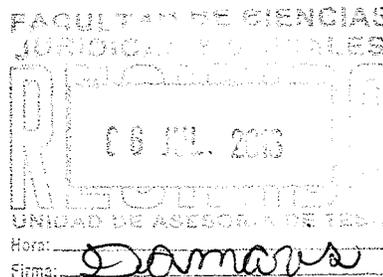
William Enrique López Morataya

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Presente.



Atentamente me dirijo a usted, con el objeto de informarle que en cumplimiento al nombramiento emitido el 1 de junio del presente año, he procedido a asesorar el trabajo de tesis del bachiller **EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR**; el cual versa sobre el tema intitulado: **CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA**, concluyendo de la siguiente forma:

1. La tesis abarca un contenido doctrinario, jurídico y legal relacionado con la aplicación de principios de seguridad y certeza jurídica a la contratación electrónica en Guatemala, en proposición a revestir de mayor eficacia, validez y perfeccionamiento al documento electrónico, y con ello iniciar la actualización en el ordenamiento jurídico civil y mercantil en beneficio de los usuarios del ciberespacio en Guatemala.
2. Después de leer cuidadosamente el presente trabajo de tesis determinó que la misma se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos requeridos por la normativa respectiva, ya que el bachiller realizó la investigación con esmero y dedicación, utilizando los métodos de investigación siguientes: **a)** El método analítico, en el que se comprobó la necesidad de velar por la protección del comprador o usuario dentro del contrato electrónico, al determinar la certeza en la identidad de ambas partes dentro del documento electrónico y la seguridad jurídica en la protección de los datos personales del sujeto que actúa de buena fe; **b)** El método deductivo, que comprueba los temas de investigación partiendo de lo general a lo particular, deducido a través del razonamiento lógico a partir de verdades previamente establecidas, como principios generales en aplicación a los casos individuales expuestos, justificando su validez científica y legal dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; y **c)** El método sintético, que determina la reunión de datos en actualización del ordenamiento jurídico guatemalteco en materia contractual, al establecer mecanismo electrónicos que coadyuven al desarrollo del sistema registral y contractual electrónico.



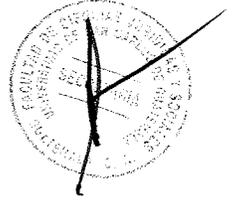
3. La utilización de técnicas de investigación apropiadas como: **a)** Bibliográfica de referencia como el empleo de enciclopedias y diccionarios jurídicos; **b)** Bibliográfica de estudio al emplear tratados, manuales libros de texto, tesis y revistas jurídicas; **c)** la observación indirecta; y **d)** La observación de laboratorio, conteniendo las mismas una serie de puntos teóricos y técnico-científicos fundamentales, veraces y actualizados para la realización de la presente investigación.
4. Se han desarrollado adecuadamente cada uno de los capítulos, en ellos se fundamenta la comprobación de la hipótesis, lo cual genera una contribución científica al sistema formativo guatemalteco. La redacción y bibliografía utilizada, son congruentes a los temas desarrollados dentro de la investigación contribuyendo así a una evidente, necesaria y futura modernización del sistema contractual electrónico guatemalteco.
5. En la conclusión discursiva el bachiller manifiesta que debido a la globalización del comercio electrónico, ha proliferado el uso del ciberespacio que facilita el acuerdo de voluntades entre personas que no están físicamente presentes en un mismo lugar, en celebración de contratos civiles y mercantiles a través del espacio virtual, existiendo un ambiente de inseguridad por la utilización de los medios electrónicos como mecanismos para la comisión de delitos como la estafa o el fraude, proponiendo el bachiller la actualización del ordenamiento jurídico civil y mercantil en oposición a revestir de mayor seguridad y certeza jurídica al contrato electrónico.
6. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley.

En virtud de lo expuesto, me permito opinar que el trabajo del bachiller **EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR**, satisface y reúne los requisitos necesarios para su aprobación; tal y como lo establece el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público; por ende emito **DICTAMEN FAVORABLE**; al presente trabajo de tesis, para que pueda continuar con la tramitación correspondiente.

F)

Lic. Luis Francisco Mendoza Gutiérrez
Colegiado No. 3854

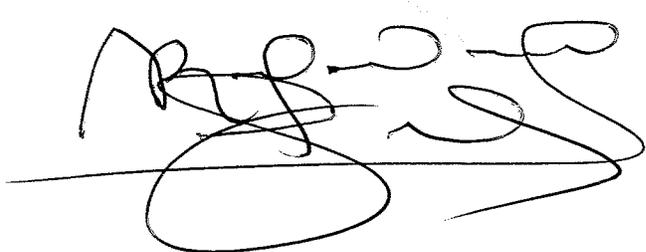
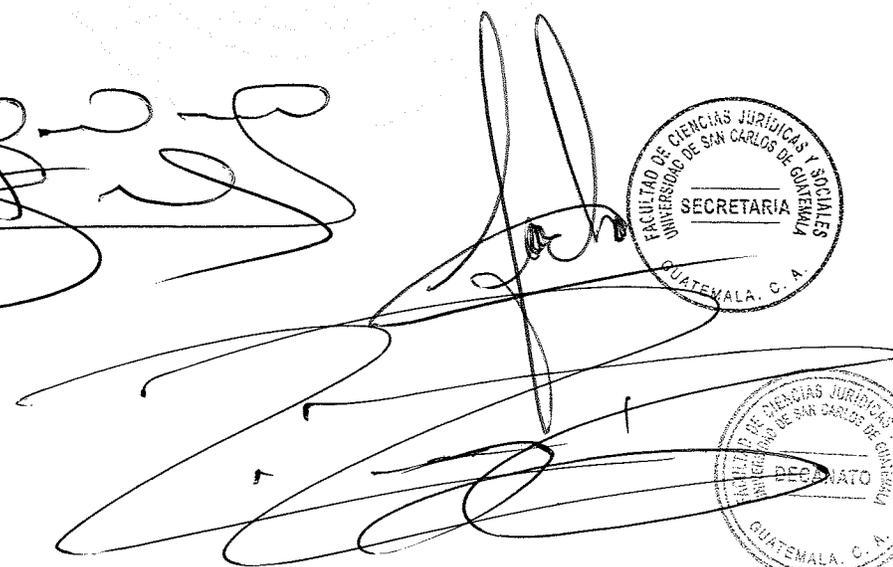
Luis Francisco Mendoza Gutiérrez
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 3854

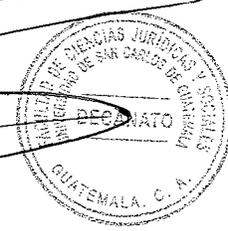


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de octubre de 2016.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante EDWARD ANDREE HERNÁNDEZ AGUILAR, titulado CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA EN GUATEMALA. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

A DIOS:

Es bueno dar gracias al Señor y celebrar tu nombre, Dios Altísimo, proclamar tu amor por la mañana y tu fidelidad durante la noche, con liras de diez cuerdas y cítara y un suave acompañamiento de arpa. Pues me alegras, Señor, con tus acciones; yo exclamo al ver las obras de tus manos: ¡Cuán grande son tus obras, Oh Señor, y cuan profundos son tus pensamientos! Salmo 92.

A MIS PADRES:

Edgar Hernández Gómez y Ana Ludvina Aguilar Orellana, por el apoyo incondicional que siempre me han brindado, guiándome desde mis primeros pasos con amor y cariño, de ustedes es este triunfo. La semilla que han plantado en mi sigue creciendo, los valores, el esfuerzo, la perseverancia, el no rendirme, el luchar siempre y el estar agarrado de la mano de Dios son ejemplos que me han dado. Agradezco por los sacrificios que han hecho por mis hermanos y por mí, su vida es de admirar, eternamente les estoy agradecido.

A MIS HERMANOS:

Ana Mishel y Edgar Emmanuel, por ser el equilibrio de mi vida, la luz en mi vida, hoy les digo que yo soy admirador de ustedes, por tener cualidades muy especiales que los hacen únicos, gracias hermanos por apoyarme en todo momento.

A MI ABUELA Y TÍA:

Juliana Orellana Chon (Q.D.E.P.) y Edna Aracely Aguilar Orellana (Q.D.E.P.), fueron como una segunda madre en toda mi juventud, el ejemplo de sus vidas es de imitar, fueron personas luchadoras, visionarias, trabajadoras, solidarias, cariñosas y sobre todo llenas de fe y esperanza, siendo el reflejo de las características que las hicieron las personas más apreciadas por quienes les conocían, a ti Mamá Vicky te doy gracias por el apoyo brindado en la mayor parte de mi carrera, y hoy que es la culminación de un sueño, solo me queda decir: por siempre las llevaré en mi corazón.

A MI FAMILIA:

Que en todo momento han estado conmigo, por sus consejos, por compartir conmigo las alegrías y las tristezas, por estar junto a mí cuando más los necesité, su cariño y su apoyo hacia mí es incondicional,

agradeciendo especialmente a mis tías Gladys Haydee, Julia Magda Concepción, y a mi tío José Alfredo, por esos consejos valiosos que son importantes en la vida, y por enseñarme a no rendirme en ningún momento, a mi tía María del Rosario y a mi tío Gustavo Adolfo por su apoyo incondicional en esos momentos importantes de la vida, por su aprecio a mi persona les doy gracias.

A MIS AMIGOS:

Por ser una segunda familia, su apoyo fue fundamental para alcanzar los objetivos. Las peleas y las risas fueron muchas en lo largo de esta carrera, pero al final fue crucial para que conociéramos que la amistad que nos une es verdadera, y hoy a varios de ustedes los considero como hermanos. A ustedes gracias por creer en mí, por estar en los buenos y en los malos momentos.

A MIS ABUELOS:

A mi abuelo Pedro Aguilar (abuelo materno) y a mi abuela Juana Gómez López (abuela paterna) gracias por sus consejos, su apoyo y su cariño.

A LOS INTEGRANTES:

Del Tribunal Segundo de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos Contra el Ambiente y del Juzgado Cuarto de Primera Instancia del Ramo Civil, a cada uno les agradezco por el aprendizaje que me han transmitido.

A LA TRICENTENARIA:

Universidad De San Carlos de Guatemala, por ser la casa de estudios que me dio la oportunidad de crecer como persona en el aprendizaje de una carrera que me pondrá al servicio del pueblo.

A LA FACULTAD:

de Ciencias Jurídicas y Sociales porque como estudiante encontré catedráticos que me han enseñado a luchar por nuestro país y en creer en nuestros ideales.



PRESENTACIÓN

En la presente investigación de tipo cualitativa se analizó la aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica en la contratación electrónica en Guatemala, a través de la recopilación, obtención de información doctrinal y de ordenamientos jurídicos, para abordar la problemática existente dentro de la contratación electrónica en Guatemala.

El trabajo de investigación se enmarca en el ámbito del derecho civil, lo que conlleva el establecer y definir el momento y el lugar del perfeccionamiento, el valor probatorio, la forma, la eficacia y el contenido de las cláusulas de los contratos electrónicos, en aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica.

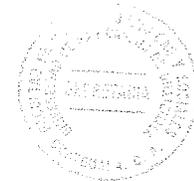
El período de investigación se efectuó del año 2014 al año 2016, derivado de la inexistencia de un marco legal y doctrina incapaz de generar un ambiente de seguridad y certeza jurídica en la contratación electrónica en Guatemala; siendo el objeto de estudio la contratación electrónica en Guatemala, determinando el ordenamiento adecuado y actualizado en protección de los contratantes que actúan de buena fe, incorporando como sujetos de estudio, al oferente y consumidor o usuario en creación de condiciones de bilateralidad e igualdad de derechos y obligaciones dentro de la contratación electrónica en Guatemala.

El aporte académico de la presente investigación, es con el fin de robustecer la contratación electrónica a través de la aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica e implementación de medios electrónicos para la correcta aplicación de dichos principios.

HIPÓTESIS

La hipótesis específica acerca de la problemática existente en la inaplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica a la contratación electrónica en Guatemala, conduce al poco control de los actos jurídicos electrónicos realizados en el ciberespacio. Siendo una realidad que el avance tecnológico crece cada día, así también el derecho debe crecer junto con el avance social, en el revestimiento del documento electrónico de la legalidad, certeza y seguridad jurídica, para precisar la forma que estos adquieren su validez y eficacia jurídica,

La actualización de medios electrónicos fiables que garanticen la veracidad del consentimiento pleno (libre de vicios), al expresar la aceptación del negocio jurídico electrónico, tratándose de contratos donde se desconoce la identidad de las partes contratantes, dejando en desprotección a la persona que actúa de buena fe, siendo el ciberespacio un medio idóneo para aquellos que se dedican a la ciberestafa o el ciberfraude.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

En la actualidad, el ciberespacio es un medio de promoción, publicidad oferta y demanda de la venta y compra de bienes, productos o servicios, desconociéndose los riesgos, desventajas y los peligros eminentes al realizar este tipo de contratación (delitos cibernéticos); la problemática existente en la inaplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica dentro de los actos jurídicos realizados en el ciberespacio, hace que el ordenamiento jurídico civil guatemalteco, sea incapaz y obsoleto de solucionar un conflicto suscitado a partir del incumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del documento electrónico.

En comprobación de la hipótesis a través del método deductivo y el sintético, en la recolección y obtención de información, para la solución de la problemática de falta de seguridad y certeza jurídica; actualizando el ordenamiento jurídico en el ámbito civil, en la regulación de requisitos precontractuales a esta clase de contratación, así como el estudio doctrinal para un mayor enriquecimiento del conocimiento y manejo de las tecnologías de comunicación e informáticas, incorporadas al ámbito jurídico.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1	Contratos electrónicos.....	1
1.1	Generalidades.....	1
1.2	Naturaleza jurídica del contrato electrónico.....	6
1.3	Principios de la contratación electrónica.....	7
1.3.1	Principio de la buena fe.....	7
1.3.2	Principio de autonomía privada.....	9
1.3.3	Principio de neutralidad tecnológica.....	9
1.3.4	Principio de alteración del derecho existente.....	10
1.3.5	Principio de reiteración de la libertad de pacto.....	10
1.4	Elementos de la contratación electrónica.....	11
1.4.1	Consentimiento.....	12
1.4.2	La capacidad.....	16
1.4.3	Objeto lícito.....	18
1.5	Clasificación del contrato electrónico.....	20
1.5.1	El contrato electrónico vía telefónica.....	21
1.5.2	El contrato electrónico vía internet.....	23
1.5.3	El contrato electrónico por correo electrónico.....	29
1.6	Diferencias entre contrato electrónico con el contrato informático.....	30

CAPÍTULO II

2	Criterios de aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica.....	33
---	--	----



	Pág.
2.1 Seguridad jurídica en el contrato electrónico.....	35
2.2 Certeza jurídica en el contrato electrónico.....	40
2.3 Perfeccionamiento del contrato electrónico.....	45
2.3.1 Teorías del perfeccionamiento del contrato electrónico.....	48
2.3.2 Momento y lugar del consentimiento.....	52
2.4 La oferta.....	54
2.4.1 Requisitos de la oferta para su validez.....	58
2.4.2 Formalidad de la oferta.....	59
2.5 La aceptación.....	62
2.5.1 Requisitos de la aceptación para su validez.....	65
2.6 Validez y eficacia del contrato electrónico.....	65
2.7 Nulidad por vicios de consentimiento.....	75

CAPÍTULO III

3 Medios electrónicos de seguridad y certeza jurídica.....	81
3.1 Seguridad y protección en los contratos electrónicos.....	84
3.1.1 Protección de datos personales.....	89
3.2 Firma electrónica.....	93
3.2.1 Características de la firma electrónica.....	96
3.2.2 Funciones legales de la firma electrónica.....	98
3.2.3 Tipos de firma.....	100
3.3 Entidades de certificación.....	103
3.3.1 Entidades de certificación frente a la actividad notarial.....	105
3.3.2 Entidades de certificación un servicio público.....	109
3.4 Certificados digitales.....	111
3.4.1 Certificados para firmar código.....	115
3.4.2 Certificados de tiempo o de estampillado digital de tiempo.....	115
3.4.3 Certicámara.....	116



	Pág.
3.4.4 Cancelación del certificado digital.....	117
3.5 Sociedad de la Información.....	121
3.6 Encriptación del documento electrónico.....	123
3.7 Impresión o huella dactilar digital.....	125

CAPÍTULO IV

4 La necesidad que los funcionarios utilicen y conozcan las nuevas herramientas electrónicas e informáticas.....	129
4.1 La administración pública y el servicio público electrónico.....	132
4.2 El cibernotario.....	134
4.3 Los registros electrónicos de la administración pública.....	140
4.4 Jurisdicción en Guatemala.....	141
4.5 Valoración de la prueba electrónica por el juez.....	145
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	151
BIBLIOGRAFÍA.....	153



INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación sobre los criterios de aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica dentro de una contratación electrónica, lleva al estudio de la problemática existente dentro de esta clase de contratación, en donde se desconoce la identidad de los contratantes, generando que las personas se sientan desprotegidas dentro de una relación jurídica en el ciberespacio.

Derivado del creciente número de delitos cibernéticos generados por personas dedicadas a la ciberestafa o el ciberfraude, así como la clonación de las tarjetas de crédito por la obtención de la información bancaria, al momento de que el usuario o comprador realiza el pago en cumplimiento de lo pactado, crea un ambiente de desconfianza y la falta de protección hacia los sujetos que actúa de buena fe. La naturaleza jurídica de adhesión de dichos contratos, crea susceptibilidad a la desigualdad de los derechos y obligaciones de las partes contratantes, deja a la arbitrariedad a uno de los sujetos, sin crear una bilateralidad en la creación de condiciones más justas para ambos.

El objetivo de la presente investigación fue mantener un ambiente de seguridad y certeza jurídica dentro de una contratación electrónica, actualizando el estudio de la electrónica en el ámbito jurídico, proporcionando al lector una mejor perspectiva de los alcances y el crecimiento del comercio electrónico. La actualización del ordenamiento jurídico civil en pro del desarrollo de una normativa capaz de afrontar los desafíos de la era digital, en competencia con la regulación al ámbito jurídico civil de los contratos electrónicos, siendo un claro ejemplo la compraventa electrónica. Analizando el ordenamiento jurídico adecuado que mantenga un ambiente de seguridad y certeza jurídica dentro de la contratación electrónica, en protección de las personas que actúan de buena fe.

El presente trabajo consta de cuatro capítulos siendo el siguiente orden: capítulo uno en el cual se redacta lo más general y específico de los contratos electrónicos; el capítulo



dos se menciona los criterios de aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica dentro de los contratos electrónicos en Guatemala; en el capítulo tres hace referencia a los medios electrónicos de seguridad y certeza jurídica en los contratos electrónicos; el capítulo cuatro estableció la necesidad de que los funcionarios conozcan de las nuevas herramientas informáticas y electrónicas y la función notarial ante el documento electrónico. La teoría dominante para la elaboración y análisis de los criterios de aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica en la contratación electrónica en Guatemala, en la teoría ecléctica, como teoría aplicable a la contratación electrónica. La teoría ecléctica reúne importantes aspectos en el que se establece el momento de la declaración de voluntad, del consentimiento y la oferta realizada, considerando una relación jurídica electrónica bilateral en una igualdad de derechos y obligaciones.

El método analítico- sintético y el método deductivo, en la recolección y obtención de información doctrinal y legal en exposición de conceptos, teoremas e instituciones destaca conceptos particulares de los contratos electrónicos, en la simplicidad en la comprensión de lo que se redacta en el trabajo elaborado, precisando algunos problemas y perspectivas sobre la contratación electrónica. Las técnicas utilizadas como: la bibliográfica de estudio, la bibliográfica de referencia, la observación de laboratorio y la observación indirecta para la consulta de trabajos de juristas expertos en el tema jurídico- electrónico, así como la consulta de leyes que regulan lo relativo al contrato electrónico como derecho comparado con la legislación guatemalteca.

Concluyo que dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco se debe establecer un ambiente de seguridad y certeza jurídica en la contratación electrónica idóneo para revestir de mayor la validez, valor probatorio, efectos legales y eficacia plena del documento electrónico.



CAPÍTULO I

1. Contratos electrónicos

Previamente definiremos lo que es contrato electrónico, analizaremos los aspectos básicos de la teoría general del contrato, iniciando con el método deductivo para establecer conceptos generales en comprensión de conceptos particulares de los contratos electrónicos, así como precisar algunos problemas y perspectivas sobre la contratación electrónica en aptitud de proponer algunas soluciones tendientes a actualizar y complementar la normatividad aplicable a los contratos electrónicos.

1.1. Generalidades

El Código Civil de Guatemala nos proporciona la siguiente definición de contrato, el Artículo 1517 en su parte conducente dispone lo siguiente: “Hay contrato cuando dos o más personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación”.

El jurista Guillermo Cabanellas define el contrato como: “Aquel que constituye una especie particular de convención, cuyo carácter propio consiste en ser productor de obligaciones.”¹ Por su parte la Licenciada Hilda Violeta Rodríguez Velásquez de Villatoro nos expone una definición de contrato civil: “Como aquel acuerdo de voluntades divergentes anteriormente, por medio del cual las partes crean, modifican o

¹De las Cuevas, Guillermo. Diccionario jurídico elemental. Pág. 92



extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial”.² En una definición desde el punto gramatical se puede definir al contrato como: “El pacto o convenio entre las partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”³

Lo citado tanto por los juristas como por la legislación civil guatemalteca a cerca de lo que es un contrato, debemos hacernos la siguiente pregunta ¿Y qué es la electrónica? Respondiendo tal interrogante se indica que desde un punto de vista físico, “la electrónica comprende el estudio de las técnicas de producción, conducción y control de flujos de electrones a través de diversos medios materiales. De estas técnicas se deducen mecanismos de transmisión y recepción de información que, mediante impulsos u ondas electromagnéticas se propagan en el espacio”.⁴

Luego de conceptualizar lo que es contrato y electrónica, estamos en aptitud de definir al contrato electrónico, siendo de la siguiente manera: Es un contrato por el cual dos personas convienen en crear, modificar o extinguir una obligación por medios electrónicos previamente certificados, sin estar presente las partes en un mismo lugar o tiempo, estableciéndose la voluntad y el consentimiento por la reciprocidad de la devolución de aceptación por el mismo medio electrónico en el que iniciaron la relación jurídica electrónica. Siendo su naturaleza jurídica en ocasiones un contrato de adhesión, obligando a una sola de las partes a aceptar las condiciones de la contratación electrónica, obligándose sobre materia o cosa determinada, y a cuyo

² Rodríguez Velásquez, Hilda. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil.** Pág.30

³ Vásquez Ortiz, Carlos. **Derecho civil sustantivo.** Pág. 5

⁴ Salvat Editores. **La enciclopedia.** Pág. 5005



cumplimiento pueden ser compelidas, teniendo una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad, el desarrollo o interpretación futura del acuerdo.

Los contratos electrónicos, como cualquier otro contrato tiene características que lo distinguen de los demás, cabe mencionar las siguientes:

- Las operaciones se realizan por vía electrónica o digital, el comercio electrónico renace y adquiere importancia vital para el desarrollo del comercio mundial.

- Se prescinde del lugar donde se encuentran las partes, la utilización de medios electrónicos en las comunicaciones con fines comerciales, se realiza con los sujetos en lugares distintos, tanto a nivel nacional como internacional. Este tipo de contrataciones puede dar lugar a ciertas interrogantes respecto a lo sujetos y su fuero de regulación pues al tener sujetos en distintas localizaciones geográficas, surge el problema de cuál jurisdicción será la apropiada para regular la transacción comercial, lo que debe resolverse por las reglas del derecho internacional privado.

- Que no quedan registros en papel, dependiendo del sistema que se utilice, el soporte en papel no existirá. En los envíos de faxes, es muy obvio que al menos se cuenta con la prueba impresa de que se envió el documento, y la otra parte recibe directamente la comunicación en papel, por lo que no se aplicaría esta característica. Se tiene un cambio de una economía de papel a una digital, en donde los documentos serán seguros aún que no se encuentren impresos (seguridad documental



informática). Una vez digitalizada la información, esta puede ser reproducida ilimitadamente y enviada simultáneamente a grandes distancias y diferentes destinatarios.

➤ La importación del bien no pasa por las aduanas (en el comercio electrónico directo), los juristas se encuentran aplicando analógicamente las doctrinas tradicionales a un derecho nuevo (derecho informático o electrónico). La globalización genera una especie de extraterritorialidad de los intercambios económicos pero la seguridad del comercio requiere siempre del contrato como instrumento jurídico básico, fundamentándose principalmente en la autonomía de la voluntad de las partes.

➤ El tiempo y el espacio de la transacción se disminuyen radicalmente o incluso desaparecen, llevando a la necesidad de la búsqueda de seguridad ante el riesgo de la existencia de una anarquía total. La distancia entre las partes no influye en la velocidad en la cual las comunicaciones son enviadas y recibidas. Una transacción, se realiza igual entre sujetos de un mismo país, que entre individuos en distintas regiones mundiales.

➤ Y la libertad de contratación, para establecer por el usuario o comprador la oferta que más se ajuste a su economía o la que más le convenga, estableciendo parámetros de búsqueda para la calidad y el mejor precio para la adquisición del producto o servicio.

No hablaríamos de contrato electrónico, si la oferta no se hace por medio electrónico,



del alcance de la contratación electrónica en la actualidad, en donde se establece la no presencia física simultánea entre las partes contratantes en el momento de suscribir el contrato, así también la oferta y la aceptación se hará por medios electrónicos.

Existen deficiencias dentro de la contratación electrónica, lo cual puede dar origen en la comisión de delitos como el delito de estafa y falsedad ideológica, generando desconfianza en los medios electrónicos fiables y certificados, por el crecimiento de Hacker's que transgreden la seguridad de los medios electrónicos (como cuentas de correo electrónico, redes sociales del propio oferente o comprador). En el constante avance tecnológico el derecho debe renovarse, siendo de importancia el de los contratos, aplicando analógicamente preceptos legales ya vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el de obligaciones en particular, que se encuentra en el Código Civil de Guatemala.

La creación de una sociedad de la información, que permita verificar la firma electrónica y la huella dactilar digital, y en el caso de la identidad de los contratantes poder ser verificada por certicámaras como medios fiables que doten de la seguridad y certeza jurídica en la creación de una contratación electrónica; una base de datos electrónicos en múltiple conexión EDI con la encriptación del documento electrónico, autorizando claves privadas que solo los sujetos conocerán. Esto consolidará la eficacia jurídica del contrato electrónico. El documento electrónico impreso y autenticado por firma



electrónica otorgará la existencia de la relación jurídica realizada vía electrónica, en caso de incumplimiento de las obligaciones estipuladas dentro del contrato.

1.2. Naturaleza del contrato electrónico

Al analizar las definiciones y las características antes descritas, podemos comprender que la contratación electrónica tiene una tendencia a ser un contrato de mera adhesión. ¿Pero por qué es un contrato de adhesión? Porque las cláusulas establecidas dentro del contrato electrónico son realizadas unilateralmente por el oferente, proveedor o vendedor, siendo una desventaja para el consumidor o comprador que debe sujetarse a estas cláusulas, ya que se limita solo a aceptar o rechazar la oferta, sin que pueda sugerir modificación alguna a los términos del contrato, por lo tanto, es necesario establecer dentro del contrato, obligaciones y derechos bilaterales.

Es decir, en el contrato de adhesión la existencia de disparidad de condiciones entre las partes, está determinada principalmente, por la dotación de fuerza particular o especial por una de las partes que impone sus condiciones a otra que no la tiene, en adherirse necesariamente a esa condición.

En los contratos electrónicos, las condiciones o cláusulas predispuestas, no siempre se hallan incluidas en el mismo contrato, sino que se encuentran incluidas en otro vínculo, al cual hay que acceder para revisarlas o están incluidas en letra menuda que difícilmente se leen, por lo que es difícil determinar, hasta qué punto debe de tenerse al adherente como informado debidamente a las condiciones difundidas. Por ello debe de



manejar el principio de buena fe existiendo un equilibrio en las contraprestaciones e interpretando las dudas en favor del consumidor o comprador. En otras palabras: en caso, de duda debe ponderarse el beneficio al consumidor o comprador.

1.3. Principios de la contratación electrónica

Los principios deben cumplir las funciones de informadores, normativos e interpretadores en virtud de ser fundamento del ordenamiento jurídico, como fuente supletoria en caso de ausencia de ley, como elemento integrador de la analogía y operar como criterio orientador del intérprete. La conceptualización previamente realizada del principio, nos orientan a establecer los verdaderos principios que deben inspirar la eficacia y validez de la contratación electrónica, siendo los siguientes:

1.3.1. Principio de la buena fe

Este principio indica la forma de obrar de los sujetos dentro de la negociación jurídica, determinando la intención de las partes en la elaboración del contrato electrónico, estableciendo parámetros de los cuales podemos observar la forma de obrar de los sujetos, de acuerdo a los dos sentidos de la buena fe de la forma siguiente:

- A través de una buena fe subjetiva que es la contención con que obran las personas, es decir la verdadera intención de los sujetos al crear un documento electrónico, la



forma de obrar conlleva la buena fe en cumplir los derechos y obligaciones pactados.

➤ Buena fe objetiva que juzga la conducta del individuo en base a las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto. Es decir que la conducta de las personas, el obrar de las mismas debe estar sujeto a derecho, cumpliendo con las normas establecidas en la creación del contrato electrónico. La diferencia radica que la primera es fruto de una creencia y la segunda es una conducta que se impone al sujeto. La subjetiva traduce la atribución de derechos y la objetiva por la imposición de deberes.

Este principio da lugar a los siguientes deberes de los contratantes: I. Deber de información en el que deberán mantenerse recíprocamente informados de todas las circunstancias del negocio, es decir con los mayores elementos de juicio que les permite tomar una decisión acertada en el momento de optar la celebración del contrato tales como las condiciones, peligrosidad de la prestación, causas de incumplimiento, etc.; II. Deber de claridad de las informaciones que se intercambian deben ser perfectamente inteligibles y no se presten a una mala interpretación; III. Deber de secreto, la obligación de no divulgar los hechos que han sido conocidos y cuya difusión puede ser perjudicial, por ejemplo la confidencialidad al otro sobre su situación patrimonial hablamos aquí de la seguridad de los datos personales; IV Deber de exactitud que sus declaraciones correspondan a sus respectivas voluntades y; V. Deber de investigación que deben cerciorarse respecto a la identidad de la contraparte, así mismo en el caso que alguno de los contratantes actúe por representación debe el otro verificar si el poder que goza la autoriza para



celebrar el contrato en representación legal para el caso de incapaces.”⁵

1.3.2. Principio de autonomía privada

“Es una facultad concedida por el Estado a los particulares, éste les confiere la potestad normativa de autorregularse y reglamentar sus intereses jurídicos generando una relación obligacional entre las partes contratantes. Los particulares ejercen su autonomía privada a través de dos libertades o derechos: a) Libertad de contratar siendo aquella que tiene el particular para decidir autónomamente si contrata o no y con quien. Tal como lo establece el Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 681 Libertad de contratación, nadie puede ser obligado a contratar sino solo cuando el rehusarse a ello constituya un acto ilícito o abuso de derecho y; b) Libertad contractual o de configuración interna que es aquella por la cual las partes fijan el contenido de su contrato, pudiendo ejercerla ambas partes o solo una de ellas, en el caso de los contratos por adhesión.”⁶

1.3.3. Principio de neutralidad tecnológica

Las normas o pautas estipuladas como requisitos determinadas para el comercio electrónico serán de aplicación no sólo a la tecnología existente en la actualidad sino también a la tecnología que es creada posteriormente o que todavía no se conoce, es decir que los elementos determinados serán de aplicación universal en el tiempo y

⁵ López Morán, Mario Rolando. Análisis jurídico sobre la contratación electrónica y sus alternativas para su aplicación en Guatemala. Pág. 16

⁶ *Ibíd.* Pág. 17



espacio, así como la actualización de los mismos en bienestar de la protección del comercio electrónico.

1.3.4. Principio de alteración del derecho existente

Las directrices incorporadas en regulación del comercio electrónico no deben modificar considerablemente el derecho de obligaciones y contratos en su esencia principal, siendo que los elementos esenciales del negocio jurídico y la tipología contractual no deberán sufrir variación alguna, dada la particularidad de la clase de contratación electrónica que se trate, ya que esta puede llegar a conjeturar imperceptibles cambios para el derecho existente.

1.3.5. Principio de reiteración de la libertad de pacto

Este principio indica que podrá existir modificación en los contratos electrónicos por acuerdo de ambas partes, media vez no se haya estipulado cosa contraria dentro del contrato electrónico.

La contratación electrónica a través de estos principios, se establece la autonomía de la voluntad y la buena fe que debe de existir por ambas partes dentro de la contratación electrónica. Citando el Artículo 43 de la Constitución Política de la República de Guatemala, preceptúa: “La libertad de industria, comercio y trabajo. Se reconoce la libertad de industria, comercio y trabajo, salvo las limitaciones que por motivos sociales



o de interés nacional impongan las leyes.” Este precepto legal tiene como fin el de salvaguardar los principios de justicia y evitando así el abuso de derecho y la arbitrariedad que pueda existir dentro de la relación jurídica electrónica existente, observando por analogía las normas aplicables a cada negociación jurídica que se realice por los medios electrónicos (por teléfono, por fax, por correo electrónico, por internet, etc.). Así también, el Código Civil de Guatemala en su Artículo 1256 preceptúa que: “cuando la ley no declare una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”; y en su apartado de la proposición de contrato a través del Artículo 1522 preceptúa que: “la oferta contendrá las condiciones del contrato y se hará en términos precisos y concretos”.

Los artículos previamente citados regulan la libertad y la potestad que tienen las partes de establecer como principio fundamental el de autonomía de la voluntad, sin olvidar el principio de libre contratación de naturaleza mercantil, siendo el ordenamiento jurídico que regulará su ejercicio estableciendo las limitaciones pertinentes dentro de cada contratación electrónica, en analogía con preceptos jurídicos ya establecidos dentro de nuestras leyes civiles y mercantiles.

Y es el Estado quien concede esta facultad, mediante el intervencionismo estatal que afecta alterando o modificando los contratos privados, indicando los límites a los cuales está sujeta la autonomía privada desarrollando efectivamente la técnica indicada dentro de la ley, a través de los requisitos del acto jurídico para su validez y eficacia, objeto lícito, físico y jurídicamente posible, agente capaz y la observancia de la forma.



1.4. Elementos de la contratación electrónica

Por elementos de un contrato, se entiende por todo aquello que constituye por componentes esenciales de forma, es decir las partes que lo caracteriza, los principios integrales que contribuyen a su formación y validez.

Los contratos en general, tendrán siempre elementos de validez que los conformen para asegurar la eficacia y validez de los mismos, la contratación electrónica que nos ocupa, entonces, puede ser calificada como civil o mercantil. Los contratos electrónicos tienen los mismos elementos comunes establecidos en el Código Civil de Guatemala para todos los contratos, y para una mayor comprensión del contenido de los mismos, se procede al estudio y análisis de los siguientes elementos:

1.4.1. El consentimiento

Este elemento como requisito indispensable de la formación y validez de los contratos tradicionales, es también de aplicar por analogía a la contratación electrónica, siendo este la acción y el efecto por el cual se declara la manifestación de la voluntad de las partes de la oferta y aceptación realizada. En el Código Civil guatemalteco, en su Artículo 1518 nos establece: “Los contratos se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes...”, y el Artículo 1251 de este mismo cuerpo legal indica: “El negocio jurídico requiere para su validez: capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito”.



Siendo estos preceptos legales, los que nos establecen como requisito indispensable para todo contrato: el consentimiento, la aceptación expresa o tácita en declaración de la libre voluntad del acuerdo entre las partes sobre los términos establecidos dentro contrato electrónico a celebrarse, evitando que la voluntad de las partes adolezca de cualquier vicio que impida la seguridad jurídica, la certeza jurídica y la legalidad del acto jurídico que surge. Por lo tanto podemos mencionar que el contrato electrónico, como todo contrato, toma forma o se perfecciona a partir del consentimiento derivado de la oferta realizada por el oferente y la notificación de la aceptación por parte de la persona interesada en la oferta al oferente, como lo establece la Convención de Viena de 1998 sobre compraventa internacional de mercaderías: “que el contrato se perfecciona cuando llega al oferente la notificación de la aceptación.”

Por lo tanto en caso de la disparidad del lugar y tiempo en que se encuentren los sujetos en relación a la distancia en que se encuentre uno del otro, nos obliga a analizar el lugar de celebración que a su vez determinará la ley aplicable y la jurisdicción competente en caso de conflicto de personas de diferentes países.

La Ley Modelo para el Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, acepta pacíficamente que el contrato queda perfeccionado en el momento que la aceptación ingresa al sistema informático del oferente. No es necesario que el oferente tenga conocimiento de la aceptación, basta que ingrese en su esfera de control. Se establece además, la obligación a cargo del oferente de emitir un acuse de recibo de la aceptación para dar seguridad a las



transacciones comerciales.

El origen del consentimiento dentro de los contratos electrónicos, se hará a través de la declaración del oferente, cobrando su eficacia en esta misma. Por lo tanto el contrato no existe antes de producirse el consentimiento, siendo la aceptación de la oferta una declaración conjunta (de la misma declaración de voluntad y el consentimiento).

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), en su Artículo 16 hace valer los efectos jurídicos, como su validez o fuerza obligatoria a una declaración de voluntad hecha en forma de comunicación electrónica.

A. Vicios del consentimiento

Este apartado obliga a determinar y mencionar los vicios que pueden surgir dentro consentimiento que se derive de una contratación electrónica, los cuales son los mismos establecidos en una contratación típica que determina el Código Civil guatemalteco, fundándose por varios juristas que no es lo mismo hablarse de ausencia total o parcial de la voluntad al simple vicio de la voluntad expresada dentro del negocio jurídico determinado.

Los vicios del consentimiento son los siguientes:



➤ **Error**

Consiste en el equivocado de una cosa, bien por ser incompleto o inexacto. Implica siempre un defecto de conocimiento del verdadero estado de las cosas y por eso vicia la declaración de voluntad.

➤ **Dolo**

Es la voluntad maliciosa, la maquinación o artificio de uno de los contratantes para engañar al otro, es decir, todo fraude encaminado a conseguir el consentimiento de otro para la ejecución de un acto jurídico, dañando los derechos de la otra parte. El Código Civil guatemalteco preceptúa en su Artículo 1261: "Dolo es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguna de las partes."

➤ **Simulación**

La simulación, es uno de los vicios del consentimiento recurrentes por las personas que tratan de beneficiarse ilícitamente dentro de un negocio jurídico, y tal es el caso, que la contratación electrónica por carecer de mecanismos que coadyuven a dar certeza jurídica de los datos personales y de las cláusulas establecidas dentro del mismo contrato por tratarse de documentos electrónicos (documentos no físicos), ocultándose la verdadera realidad del acto, es decir la alteración de la veracidad del negocio jurídico. La simulación en el contenido de voluntad real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, conlleva como objeto el producir un



engaño en la apariencia de un negocio jurídico que no existe o que es distinto de aquel que realmente se ha llevará a cabo.

➤ **Violencia**

Es el estado o la situación que se da de una persona hacia otra con el objeto de obtener por la fuerza o por presión psicológica o moral, el consentimiento de la otra persona dentro de un acto jurídico, en nuestro caso podemos decir, que el objeto del uso de la violencia es lograr por la fuerza o por presión psicológica el conseguir una declaración de voluntad (viciada, no existiendo un acuerdo de voluntades) dentro del acto jurídico contractual.

1.4.2. La capacidad

Por capacidad se entiende como la idoneidad que tiene las personas para ser estas titulares de las obligaciones y de los derechos que contraigan por sí mismos dentro de la esfera del derecho privado (comúnmente en el ámbito tradicional del derecho civil), en los actos jurídicos concernientes a la prestación misma de una obligación contractual o las demás relaciones jurídicas estipuladas dentro del mismo ámbito del derecho civil.

La capacidad según la doctrina se divide en dos:

- La capacidad de ejercicio y;



➤ La capacidad de goce.

La primera se refiere a la aptitud que toda persona adquiere al cumplir la mayoría de edad para ejercer por sí mismas sus derechos y obligaciones, según la legislación de cada país, en nuestro caso la legislación civil guatemalteca regula que la capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años de edad; en el segundo caso la capacidad de goce es la que es inherente a todo ser humano, es decir que es la aptitud que tenemos para ser titulares de derechos y obligaciones, podemos mencionar que esta clase de capacidad la adquirimos desde el momento de ser concebidos, según la teoría de la concepción que predomina en dentro de la Constitución Política de la República de Guatemala, sobre el inicio de la personalidad.

Dentro de la contratación electrónica lo que interesa es la capacidad de ejercicio, sin dejar aún lado la capacidad de goce, debido a que esta puede ser ejercida por un representante legal de un menor de edad o de la persona declarada en estado de interdicción, por lo que al realizar una contratación electrónica se debe establecer que ambas partes estén en las facultades requeridas por las ley civil guatemalteca para el perfeccionamiento del mismo contrato, siendo estas la demostración fehaciente de haber cumplido con la mayoría de edad.

1.4.3. Objeto lícito

“A cerca de que el objeto, como elemento esencial del negocio, no consiste precisamente en la cosa o en el hecho material sobre el cual recae el negocio, sino



natural y propiamente en la producción de consecuencias dentro del campo del derecho, consecuencias que no son otras que la creación, la transmisión, la modificación o la extinción de derechos y obligaciones (todo negocio persigue, tiene por objeto producir uno o más de estos efectos o consecuencias, y toda obligación, aparte de ser siempre correlativa de un derecho subjetivo, tiene por objeto una prestación que puede ser de dar, hacer o de no hacer) desprendemos que la palabra objeto tiene respecto las siguientes acepciones:⁷

El objeto de la prestación del negocio jurídico debe tener las características: siendo un de objeto directo en la producción de consecuencias jurídicas de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones; un objeto indirecto que es el objeto directo de la obligación, es decir, una prestación de dar, de hacer o de no hacer y un de objeto como sinónimo del hecho material del negocio.

Para que la efectividad de la prestación de la cosa objeto del negocio jurídico, esta debe tener una existencia física o material, de lo contrario la prestación de la cosa sería imposible, debe ser determinada o determinable en cuanto a la especie de la misma y debe estar dentro del comercio, es decir, permitido por la ley, por lo que hace que el objeto sea lícito dentro del comercio.

El efecto de determinar, si el objeto del contrato es considerado lícito este mismo debe de constituir para su realización el que el mismo sea jurídicamente posible y realizable, por el contrario un objeto que sea considerado como imposible de realizar es un objeto

⁷ Ibid. Pág. 82



de intrascendencia jurídica, por lo que el objeto es ilícito si este es prohibido o vedado por la misma legislación interna de un Estado.

El jurista Alfonso Brañas menciona que: “en un principio, la doctrina se refirió al objeto de la obligación haciéndolo sinónimo de la cosa o del resultado objetivo de hacer del deudor. Actualmente, como se dijo predomina la tendencia a considerar que el objeto de la obligación es con propiedad la prestación; aquella conducta o comportamiento que el acreedor espera y puede y está capacitado a exigir del deudor, conducta que en el último término incide en dar, hacer o no hacer alguna cosa. Si el objeto de la obligación se contrae a la cosa –criterio clásico–, y si la misma desaparece o se deteriora gravemente a tal extremo que ya no pueda ser útil al acreedor, desaparecería literalmente la obligación del deudor consistente en entregarla, y habría entonces, para no dejar en el descubierto al acreedor, que acudir a la fórmula de manifestar expresamente como remediar la desaparición o menoscabo de la cosa. En cambio, si se concibe el objeto como prestación –criterio moderno–, en primer grado incide la obligación en una cosa, por ejemplo, mas fundamentalmente incide en el patrimonio del deudor, que, en los casos previsto, responde en último término al compromiso contraído, compeliendo al deudor a observar una conducta que tienda, aunque sea por equivalencia si el caso llegara, a cumplir la obligación aunque el objeto en sí de la misma y no pueda utilizarse o ya no esté disponible, siempre que, por supuesto no mediare caso fortuito.”⁸

Al considerar el objeto lícito del contrato electrónico, debe estipularse por analogía que

⁸ Brañas, Alfonso. *Manual de derecho civil*. Pág. 393.



es el mismo objeto lícito determinado para un contrato civil o mercantil, es decir, que es todo aquello que es jurídicamente posible y realizable, siendo estipulado dentro de la legislación guatemalteca como un objeto válido y legal que pueda ofrecerse al consumidor o usuario, por lo tanto el objeto debe ser la prestación de la cosa, siendo una obligación coexistente que afecta a cada sujeto en su patrimonio, a través del constreñimiento de ambas partes de dar, hacer o no hacer, del deudor, apartando del mismo aquel objeto que no sea posible de realizar.

1.5. Clasificación del contrato electrónico

En todo contrato existen diversidad de contratos con características diferentes del principal, sin que los demás sean accesorios del primero, siendo clasificaciones derivadas de la realización de un contrato en común, pero con formas diferentes de regular o plasmar la voluntad de las partes, en ese orden de ideas podemos decir, que dentro de estas clasificaciones puede mencionarse el contrato de compraventa del cual se derivan muchos otro como el contrato de compraventa sobre muestras, compraventa de cosas futuras, etc., que son contratos con los mismos requisitos y diferentes obligaciones. Siendo de estudio la forma de formalizar los contratos electrónicos, los realizados vía telefónica, vía internet, vía correo electrónico, etc.

1.5.1. Contrato electrónico vía telefónica

“En el caso del contrato por teléfono, aunque las partes no estén físicamente presentes, es como si lo estuvieran, habida cuenta que entre ellos se establece una



comunicación directa, lo que permite la posibilidad de hacer la oferta, misma que al ser escuchada por el otro contratante, tiene la oportunidad de expresar en ese momento, y por ese medio, su aceptación. Así mismo indica que tratándose del contrato por fax, aún cuando la comunicación no sea de viva voz, es indudable que representa un medio idóneo para que se haga una oferta y de la misma manera se puede recibir la aceptación, y por lo tanto nadie duda que se deben tomar en cuenta los avances tecnológicos que se están dando en nuestro medio, con el fin de aprovecharlos para incorporarlos a la vida jurídica, con los efectos que de la misma se derivan. En este contexto, es indudable que el ser humano necesita celebrar un gran número de contratos sin que, siempre, tenga la posibilidad de estar físicamente presente con todos los oferentes, no obstante, puede expresar su voluntad y obligarse a través de diferentes medios, entre los cuales están el teléfono y el fax.”⁹

Dentro de la legislación guatemalteca, es de observancia lo establecido dentro del Código Civil, que en su Artículo 1524 preceptúa lo siguiente: “El contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes, y tanto en este caso como en el del artículo anterior, el contrato se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.” Lo regulado por el presente artículo nos establece elementos para considerar celebrado el contrato por teléfono, como lo son el consentimiento, el lugar y el tiempo, sin importar que las partes no estén físicamente presentes, este precepto jurídico nos deja en una laguna legal al regular una relación contractual electrónica, aceptando tácitamente la interpretación extensiva que cada persona haga conforme al contenido del mismo

⁹ López, Mariana. Regulación jurídica de la contratación electrónica en el Código Civil Federal. Pág. 73



artículo, derivado de esta inquietud, suele suceder que con el desarrollo de nuestra sociedad se den dificultades por nuestro ordenamiento jurídico al momento de surgir un conflicto entre ambas partes, por el incumplimiento de las obligaciones y derechos que nacen inmediatamente de la formalización de la contratación electrónica.

En correlación a lo establecido en el precepto jurídico expuesto en el Código Civil Federal de nuestro hermano país de los Estados Unidos Mexicanos, el Artículo 1805 preceptúa: “Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata.”

Al interpretar dicho Artículo del Código Civil federal se establece una similar comparación a lo expuesto en el Código Civil guatemalteco; la interpretación de lo preceptuado dentro de este precepto jurídico se deberá de hacer de forma extensiva, para resolver los conflictos derivados del incumplimiento de alguna de las partes sobre lo plasmado en el contrato electrónico.

Teniendo en cuenta lo expuesto por la licenciada mexicana López Varas, se ha de mencionar que con el desarrollo de nuestra sociedad y de los medios electrónicos, es de considerar regular determinados instrumentos electrónicos para incorporarlos a la vida jurídica, como elementos que le den la forma, la validez y la eficacia del contrato



electrónico, otorgando nuevos medios electrónicos idóneos para realizar la oferta y la aceptación del documento electrónico, así como encontrar la vía electrónica idónea para dar seguridad y certeza jurídica de la existencia física del contrato realizado por las partes, para establecer los derechos y obligaciones de ambas partes.

1.5.2. Contrato electrónico vía internet

En los contratos electrónicos realizados vía internet incluyen el ofrecimiento de servicios, no considerados como compraventas, sino como contratos autónomos, en donde surgen derechos y obligaciones para las partes, sin razonar en la substancia misma de la contratación, por lo que es conveniente diferenciar el tipo de contrato a que se sujetaran ambas partes, distinguiendo los servicios de los bienes.

Al realizar un contrato de compraventa vía electrónica, se está ante la presencia de un contrato electrónico de servicios, tomando en cuenta que se puede estar frente a un contrato mercantil de suministro (contrato informático) o si fuera el caso ante un contrato de servicios profesionales en el ámbito civil (contrato electrónico), según sea el contrato que acuerdan celebrar ambas partes.

A nivel internacional, se ha generado el análisis de estos contratos no como compraventa, sino como la prestación de un servicio, siendo que la mayoría de las legislaciones estipulan la compraventa como traspaso de un bien de una persona a otra, y por tanto se debe estipular que la prestación de servicios no produce ningún



momento un contrato traslativo, porque lo que se acuerda es la realización de una actividad, a cambio de un pago. La incompatibilidad existente entre la regulación de la prestación de servicios y de la adquisición de bienes, entra en una gravitación del derecho mercantil y no de ámbito civil o laboral, derivado del desarrollo tecnológico social en los diferentes territorios, es decir que la separación en los contratos electrónicos de la clasificación de compraventa y de adquisición de prestación de servicios, por la forma y el perfeccionamiento de los mismos, siendo oportuno separar aquellos en los cuales se necesitará de su respectiva inscripción.

Haciéndose indispensable prever la necesidad que nuestras sociedades requieren en posición de celebrar un contrato electrónico de compraventa de bienes inmuebles, sin enmarcarlo en un contrato de adhesión. Es preciso establecer relaciones jurídicas bilaterales para establecer de una mejor forma el contenido y las condiciones más favorables para ambas partes, celebrando de esa manera contratos sin la presencia física en un mismo lugar y tiempo de ambas partes, por ser imposible que coincida la presencia de las partes en un mismo lugar.

En el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios –AGCS– (de la Organización Mundial del Comercio –OMC–), establece en la parte I del Artículo I una exposición de los alcances y definiciones del comercio a nivel internacional y por lo tanto el objetivo del acuerdo, por lo que citaremos del contenido lo siguiente: “Alcance y definición. 1) El presente Acuerdo se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios. 2) A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio



de servicios como el suministro de un servicio: a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro; b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro (ejemplos como transporte de personas o cosas y el turismo); c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro (servicios bancarios, operaciones de crédito, aseguradoras, reaseguradoras); d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro (ejemplos de proyectos de construcción o de servicios de consultoría: servicios profesionales). 3) A los efectos del presente Acuerdo: a) se entenderá por medidas adoptadas por los Miembros las medidas adoptadas por: i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; e ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.”

El acierto de este acuerdo en regular la prestación de servicios dentro del mercado internacional nos da una ilustración del desarrollo económico global, en la creciente demanda de la sociedad de prestar ciertos servicios que en su territorio pueden ser de poco desarrollo, también cabe mencionar que se establece prestación de servicios y no adquisición de bienes traslativos de dominio derivado de un compraventa civil, aún puede antes pautarse que dicho acuerdo abarque un sin número de opciones dentro de un ámbito jurídico. Para no dejar en el olvido o en arbitrariedad cualquier voluntad de algunas de las partes, siendo de beneficio para esta la celebración de un contrato de servicios o de adquisición de bienes, siendo un negocio jurídico bilateral, y por lo tanto evitar la conflictividad que surja del mismo, impidiendo la creación de un contrato de



adhesión, que evidencie la desigualdad de condiciones que existiera dentro del negocio jurídico celebrado.

En referencia a lo establecido en el Artículo I del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, condicionalmente al existir un acuerdo válido entre los sujetos, el contrato es perfecto y ambas partes deben cumplir las prestaciones pactadas dentro del mismo. Estos acuerdos previamente establecidos serán obligatorios para las partes, en caso de aceptación de las mismas condiciones estipuladas en el mismo, ya fueren estos contratos de servicios que se realicen y cumplan directamente por internet (telemedicina, abogacía, banca, servicios comerciales en línea, etc.) o que se cumplan las prestaciones físicamente (reparación de computadoras, mensajería, etc.). Se hace mención de los tipos contratos electrónicos vía internet, en las siguientes subdivisiones:

a. Contratación directa u on-line

Este tipo de contratación es aquella en que la oferta, la aceptación, la entrega y el pago se hacen en línea, es decir que es aquella que se realiza desde un ordenador interconectado vía on-line, hacia otro servidor. Un ejemplo de esta contratación es la compra de un software (programa) para el funcionamiento y actualización del hardware (ordenador).

b. Contratación indirecta u off-line

Esta modalidad de contratación dentro comercio electrónico se da cuando la oferta y



aceptación se realiza vía on-line, realizándose la entrega y/o el pago fuera de la red, es decir que se estipulan las cláusulas vía on-line, pero la entrega del producto o bien se realiza en forma física junto con el pago pactado. Los ejemplos de este tipo de contratación dentro del comercio electrónico pueden ser la entrega de productos y servicios físicos como ropa, libros, electrodomésticos, etc.

c. Contrato de comercio electrónico directo

Esta clase de contrato estipula que el objeto de la prestación, es la entrega de bienes inmateriales o la prestación de servicios que no tengan una presencia física de su prestador, es decir la entrega de un bien informático o electrónico. Un ejemplo: adquisición de licencias de uso de software de soporte informático o la contratación de servicios de páginas web (hosting), gestión de pagos bancarios, y servicios virtuales.

d. Contrato de comercio electrónico indirecto

Contrario al contrato anterior este requiere la entrega física de bienes materiales o la prestación presencial del prestador del servicio, siendo su ejecución de forma prorrogada. Uno de los ejemplos de este contrato es la compra-venta de computadoras, contratación de servicios profesionales (jurídicos, médicos, contadores, etc.).

Los contratos electrónicos vía internet tienen como causa la prestación de un servicio o producto inmaterial o la adquisición de un servicio, producto o bien físico, realizando el



pago y la entrega de acuerdo a la naturaleza de la cosa que se promete por el oferente, así tenemos el pago de forma tradicional (realizado a la hora y en el lugar de entrega) y el pago electrónico que se realiza por medio de una transferencia de banca virtual de una cuenta a otra (PayPal), o por medio de una tarjeta de crédito, en cuanto a la entrega del producto o servicio físico se realiza el traspaso por medio de un tercero, generalmente a través de empresas de envío (contrato de transporte de cosas) como United Parcel Service –UPS– , DHL, FEDEX express, etc.

En la entrega del servicio o producto inmaterial se realiza a través de las páginas de internet que ofrecen ciertos productos virtuales como Microsoft, Apple, Samsung, Nokia, EcoEmail (Empresa guatemalteca dedicada al ofrecimiento de prestación de servicios profesionales), etc., como vemos hoy en día el desarrollo tecnológico hace que nuestras normas se vean obsoletas al regular determinadas relaciones jurídicas que surgen dentro del campo virtual interconectados a través de servidores electrónicos a nivel global.

1.5.3. Contrato electrónico por correo electrónico

Este contrato electrónico es puro, donde las declaraciones de voluntad se manifiestan íntegramente a través de medios electrónicos, siendo la reciprocidad fundamental en esta clase contrato para establecer el consentimiento libre de vicios y la voluntad de ambas partes para plasmar los derechos y obligaciones a que se comprometan. En este contrato se observa que la adhesión no es parte fundamental que da vida al contenido del mismo, sino que cada sujeto realiza las observaciones pertinentes



proponiendo condiciones más equitativas y aptas a las posibilidades de cada uno y cerciorándose de que la voluntad, el consentimiento y la aceptación sea ratificada por ambas partes a través de correo certificado de recepción por el locutor y el destinatario, evitando así el conflicto que pueda surgir posteriormente.

1.6. Diferencia entre contrato electrónico con el contrato informático

“Existen notas propias de la contratación de bienes y servicios informáticos y otras que importan la puntualización de aspectos vinculados a institutos propios de la contratación corriente. La acepción contratos informáticos es amplia e incluye los contratos en los cuales los bienes y servicios informáticos constituyen su objeto como aquellos que se concluyen mediante bienes informáticos tal el caso de la transferencia electrónica o la gama de operaciones telemáticas. Resulta pertinente distinguir conceptualmente la contratación electrónica de la contratación informática.”¹⁰

El objeto de los contratos informáticos generalmente puede ser múltiple. En los que destacan:

- Bienes informáticos como el hardware o conjunto de dispositivos y elementos mecánicos, magnéticos, electrónicos del sistema, el software o conjunto de bienes inmateriales que constituyen el soporte lógico del sistema, incluyendo los programas de base y los aplicativos.

¹⁰ Ibarguren, Silvia Marcela. Cuadernos de la Facultad de Ingeniería e Informática UCS. Pág. 20



➤ Servicios informáticos de apoyo como el diseño, el análisis y el mantenimiento de dicho sistema.

La diversidad de prestaciones contrae una problemática dentro del contrato informático, resaltándose eventualmente la pluralidad de partes existentes dentro del mismo. Además de los proveedores y usuarios pueden aparecer en la negociación del contrato distribuidores, productores de equipos originales, entidades prestadoras de servicios y consultores en informática –el oferente–; y analistas de sistemas –usuario o consumidor–. Los contratos informáticos pueden subsumirse en diversos tipos legales, como: de compraventa mercantil, de locación de obra o de servicios, de leasing y de licencia.

La estrecha relación entre la tecnología y dos de las grandes ramas del derecho, como lo son el derecho civil y el derecho mercantil, colocándonos en posición de realizar una distinción de la relación jurídica que los sujetos deciden crear a través de los medios electrónicos, dándole la forma y la dirección necesaria a la voluntad de las partes, creando el documento electrónico adecuado en analogía con el objeto o causa de la relación jurídica, circunscribiendo la misma a la clasificación contractual regulada por el ordenamiento jurídico civil o mercantil, realizando así la distinción entre contrato electrónico y el contrato informático.

“El estudio de estos contratos en forma particular no persigue una regulación específica sino subrayar una problemática que torna necesaria la agudización del análisis en el



intérprete dentro del marco normativo vigente. El conocimiento de la técnica, la calidad del producto, la utilidad o aplicación concreta de un bien o de un servicio constituye un elemento clave para la negociación de cualquier tecnología, principalmente de la informática. Esto genera una brecha traducida en disparidad de conocimientos entre proveedor y usuario. Implica puntualizar los alcances del principio de la buena fe en esta operatoria.”¹¹

La tecnología en combinación de redes y de telecomunicaciones, es un medio recurrido actualmente para adquirir derechos y contraer obligaciones mediante los negocios de carácter electrónico, sin que se encuentre limitada por factores como el tiempo, distancia y costos, contribuyendo significativamente a la necesidad de las personas al poder interrelacionarse mediante los medios electrónicos, subsanando así la falta de presencia física en la formalización del negocio jurídico, observando los requisitos indispensables establecidos por el ordenamiento jurídico interno para existencia y validez del documento electrónico.

El marketing universal generado a través de redes sociales utilizado por comerciantes sociales e individuales en ofrecimiento de un producto o bien, trasciende al ámbito jurídico en correspondencia a la creación de normas jurídicas acordes a este tipo de negociación jurídica, orientadas a resolver los conflictos que surgen dentro contrato electrónico, actualizando el funcionamiento y conocimiento a cada institución gubernamental en manejo de las nuevas herramientas electrónicas, surgiendo la nueva era del derecho dentro del campo electrónico e informático.

¹¹ Ibid. Pág. 19





CAPÍTULO II

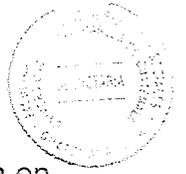
2. Criterios de aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica

El criterio es la norma, regla o pauta, que determinada persona seguirá para conocer la verdad o falsedad de una cosa o cuestión. El criterio, entonces y ante todo, debe ser concebido como la capacidad o facultad de la cual disponemos los seres humanos, sin excepción; la cuestión luego pasa por quienes deciden utilizarla, ponerla en práctica e ir moldeándola con el correr del tiempo y las experiencias y que nos permite, por un lado, comprender las cosas, y a la vez formarnos una opinión acerca de esas mismas cosas.

Para establecerse un criterio científico, debe analizarse la doctrina como punto de partida, y con ello establecer una conexión con la realidad jurídico-social dentro de las relaciones jurídicas, en la sociedad guatemalteca derivado de un avance tecnológico.

La creación, construcción, modificación y actualización del marco legal guatemalteco establecido, está destinado a investir de seguridad y certeza jurídica las relaciones jurídicas entre particulares dentro de la contratación electrónica en Guatemala, revistiéndolos de obligaciones en condiciones bilaterales equitativas, al momento de la celebración de dichos contratos, así como la actualización de los medios electrónicos fiables para garantizar la credibilidad en la actuación de buena fe de ambas partes.

El criterio jurídico dentro de la doctrina establecerá que hay cuatro teorías que pueden



resolver la problemática existente en cuanto a la falta de seguridad y certeza jurídica en la contratación electrónica en el perfeccionamiento del contrato electrónico, por lo tanto al determinarse la teoría predominante incluimos una quinta teoría. Establecemos una teoría ecléctica que define lo siguiente: El contrato se perfeccionará desde el momento en que es emitida la declaración de voluntad aceptando la oferta, exigiendo al aceptante encaminar adecuadamente su aceptación para que llegue al oferente.

No bastará por ninguno de los sujetos la simple emisión (contestación) sino que debe procurarse que se reciba esa manifestación (aceptación), estableciéndose por ambas partes un medio electrónico común fiable (que garantice la existencia de una relación jurídica bilateral causal), para la correspondencia recíproca en emisión, expedición, remisión y conocimiento de la declaración y el consentimiento de cada una de las partes, garantizándose con estos medios la entrega, la seguridad y certeza jurídica la actuación de buena fe de ambos sujetos.

En el Artículo 12 de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), establece a cerca del criterio para valorar probatoriamente una comunicación electrónica; toda información presentada en forma de comunicación electrónica, gozará de la debida fuerza probatoria de conformidad con los criterios reconocidos por la legislación para la apreciación de la prueba. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la



integridad de la información; la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

La inexactitud de datos que algunos sujetos proporcionan con la intención de cometer un ilícito penal, tales como: la estafa propia, estafa en la entrega de bienes, defraudación en consumo, la usura, falsedad material, falsedad ideológica, etc. Es de interés general y para el bienestar común que el Estado de Guatemala a través de su órgano legislativo vele por la seguridad jurídica de contratos realizados en forma electrónica, dando validez y certeza jurídica a los actos realizados por medios informáticos, evitando la realización de delitos informáticos por personas inescrupulosas que utilizan los medios electrónicos para beneficio individual, enriqueciendo sus arcas particulares de forma ilícita.

La creación de nuevas normas jurídicas o reformando las ya existentes, introduciendo la contratación electrónica a la esfera jurídica, así como el uso y el conocimiento de nuestros funcionarios de las herramientas electrónicas, en beneficio de impartir una justicia correcta a la aplicación de normas jurídicas en la validez y perfeccionamiento de los contratos electrónicos, resolviendo a través de los principios generales del derecho los conflictos suscitados por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas dentro del documento electrónico.

2.1. Seguridad jurídica en el contrato electrónico

El peligro de realizar una transacción de pago y la transmisión de información de



datos personales o bancarios por medios electrónicos implica, innumerables riesgos que afectarán a la parte que obrando de buena fe, creando un estado de inseguridad a las partes en una eventual producción de un daño eminente, en deterioro dentro del patrimonio de la parte afectada, originando por la comisión de un delito informático, siendo el desarrollo computacional en redes de información, en el grado de complejidad e importancia de detectar, prevenir y detener las violaciones a la seguridad por amenazas tanto internas como externas, que pongan en conocimiento a los usuarios de los posibles ataques que rondan en la red, tomando las medidas de seguridad pertinentes previniendo que sus aparatos inteligentes que se vean afectados por los invasores externos que buscan engañar a través de páginas publicitarias dedicadas a la comisión de delitos informáticos por medio de virus que se infiltran en los aparatos electrónicos.

Las personas que realizan actos jurídicos dentro del ciberespacio (usuarios, consumidores o compradores), precisan que se le garantice la protección de su información personal de toda índole no sea difundida o empleada por terceros para fines distintos para los cuales se está confiriendo, garantizando que el producto ofrecido será igual al que se le entregará, contando con una protección jurídica eficiente en la que puedan estos hacer valer sus derechos.

Siendo además, que la protección jurídica va encamina hacia el proveedor o vendedor que actúa de buena fe, teniendo la certeza que si importar la forma de pago que se realice (pago físico o electrónico), este le será entregado de acuerdo a la cantidad que



se acordó y si esto no se realice de la manera pactada, este podrá hacer valer sus derechos por los mecanismos que se haya pactado.

La seguridad dentro de la contratación electrónica necesita para su desarrollo la actualización de los medios electrónicos, siendo la transacciones generadas en el ciberespacio beneficiadas por la incorporación de mecanismos capaces de resguardar la información emitida dentro del mismo documento de transacción electrónica.

La interacción de una sociedad informática evitando el riesgo de un prominente daño, generará la confianza necesaria, más no efectiva, de una seguridad jurídica en la validez y perfeccionamiento del contrato electrónico, creando puentes de tres ordenadores interconectados eficazmente por la IP de cada dispositivo en una línea segura, impidiendo la inserción de virus informáticos (por personas ajenas al contrato electrónico) que afecten la vía de comunicación electrónica en perjuicio de la relación jurídica generada, amenazando la seguridad digital de la telemática digital.

En el derecho notarial la seguridad jurídica se basa en la fe pública que tiene el notario, por lo tanto, los actos autorizados son ciertos, existiendo certeza del acto a legalizar, empero en un documento electrónico no existe algún ente mediador investido de fe pública que autorice actos jurídicos realizados por medios electrónicos, generando dudas sobre la certeza, validez y perfeccionamiento del contrato electrónico, observándose la falta del documento electrónico en físico, existiendo solo en los ordenadores de los aparatos electrónicos, tanto en la interacción existente de una conexión online a través de la IP de cada servidor, del disco duro o la EDI interna de



cada compañía.

Corresponde al notario como profesional del derecho, actualizar su actuación notarial dentro de una sociedad que se va desarrollando a grandes pasos en el área tecnológica, por ende es una parte importante en la creación del documento electrónico, por la función receptiva, asesora, legitimadora, modeladora, preventiva y autenticadora en la formación de la voluntad de las partes plasmada dentro del contrato electrónico, en coordinación con la sociedad informática para la validez, perfeccionamiento y eficacia del documento electrónico, a través de la aprobación de entidades certificación, certificados digitales, firmas electrónicas, etc., en virtud de proporcionar seguridad y certeza jurídica en la creación de un contrato electrónico dentro de las líneas de telecomunicación digital.

La seguridad jurídica traducida a una prueba documental, por tratarse de una comunicación electrónica fijada en un documento en físico, crea a favor de quien la legalizó como prueba preconstituida, por fijarse previamente al litigio.

Sin embargo la perdurabilidad y fidelidad de esta misma prueba no se garantiza, derivado de la posibilidad en la manipulación de la misma por tratarse de documentos electrónicos, los cuales no adquieren esa certeza jurídica que los documentos tradicionales obtienen al tenerse en físico y legalizados por un notario, siendo de manera significativa el poder proporcionar medios electrónicos que garanticen la seguridad y certeza jurídica de la inviolabilidad de los documentos electrónicos.



En nuestro país es de observancia general la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), preceptuando dentro de su contexto conceptos fundamentales concernientes a la seguridad y certeza jurídica de los contratos electrónicos, siendo de imprescindible reforma y modificación en adherir una institución mediadora y verificadora de la legalidad de la firma electrónica insertada dentro del documento electrónico, la validez de los datos a consignar dentro de cada contrato electrónico observando el cumplimiento de las obligaciones y de los derechos estipulados en cada clausula escrituraria del contrato electrónico.

“La creencia de que un soporte informático es fácilmente manipulable, no es más que una creencia, con poca o nula justificación práctica, pues la manipulación de un soporte informático puede llegar a ser imposible si ello está protegido por un código de ingreso que no logra descubrirse, o mediante encriptación. También subraya la posibilidad de utilización de métodos basados en la biometría, los cuales permiten la determinación precisa de la identidad de la persona que accede a un sistema electrónico para emitir un mensaje, así como la determinación de la autenticidad del mensaje transmitido y recibido, ampliando el nivel de seguridad. En relación con la perdurabilidad, todavía no está garantizada porque los modernos medios reproductivos son más fácilmente deteriorables que el tradicional papel, ya que presentan una importante fragilidad física y una gran tendencia a quedarse anticuados, dado el carácter mudable de los programas y tecnologías.”¹²

¹² *Ibíd.* Pág. 10



La criptología como mecanismo de seguridad jurídica en el proceso de protección de datos, obteniendo de los mismos al ser transferidos, que solamente puedan ser interpretados correctamente por el emisor y por el receptor al que va dirigido, de tal manera que el mensaje viaje de forma segura desde la fuente hasta el destino del mismo, siendo imposible la interceptación por personas ajenas a las partes involucradas del mensaje, o si se produce la interceptación del mensaje, creando confusión en la incomprendibilidad a excepción de quien tenga acceso del mismo, siendo el único medio viable para implementar, logrando un acceso controlado por el medio electrónico a utilizar, garantizando la confidencialidad, integridad, aprobación y autenticidad del documento electrónico.

2.2. Certeza jurídica en el contrato electrónico

La globalización de la red ha causado que se celebren contratos a través de medios electrónicos que en décadas pasadas no se utilizaban para estos fines, siendo una ventaja, al facilitar la celebración de una pluralidad de convenios y transacciones entre personas que no pueden estar en el mismo lugar y momento para llegar a un compromiso, empero esto también origina algunas desventajas de vital importancia, como lo es el principio certeza jurídica en la contratación electrónica, ya que se requiere la existencia de circunstancias que provean de confianza y seguridad a las partes que llegan a un convenio.

Dentro de los contratos realizados con medios electrónicos destacan aquellos que se efectúan vía on-line, enfatizando exclusivamente en las compraventas de bienes y los



arrendamientos de servicios, específicamente puede establecerse que dentro de la diversidad de páginas existentes en el ciberespacio, se encuentra una variedad de actos jurídicos que son regulados y forman parte de la esfera del derecho privado (civil, mercantil, notariado).

Es de tomar en cuenta que son miles de personas individuales y jurídicas, que por medio de la web celebran contratos de diferentes géneros, de los cuales ciertamente se realizan ofertas y aceptaciones surgiendo de los mismo el consentimiento expreso o tácito de ambas partes, estableciéndose así, derechos y obligaciones en cumplimiento del contrato electrónico celebrado.

El establecer un mayor grado confianza en la validez del contrato electrónico a través de los detalles específicos en la medida posible de las características de los productos, servicios o bienes propuestos por el oferente, para considerar el tipo de acuerdo al que se sujetaran, es solo una parte de la certeza jurídica a generar dentro del contrato electrónico.

Las cláusulas a insertarse dentro del documento electrónico conllevará a que estas sean conocidas desde un principio sin que posteriormente sean modificadas en beneficio de alguna de las partes, así mismo el mecanismo de identificación personal de los sujetos deberá estar sujeto a un régimen riguroso por el cual se establecerá la certeza de la capacidad de las partes y establecer que los datos consignados dentro del contrato electrónico las identifica plenamente. Siendo de tal trascendencia la



verificación de la firma electrónica de ambas partes para el perfeccionamiento del documento electrónico por medio del certificado electrónico y de la sociedad de información, en caso de la existencia posterior de una controversia judicial por el incumplimiento de las obligaciones establecidas dentro del contrato electrónico o por nulidad del mismo en caso de verificarse la concurrencia de vicios en la declaración de voluntad.

La licenciada López Varas comenta lo siguiente: “En efecto, son varios los inconvenientes que deben resolverse para hacer de la contratación electrónica un medio apropiado y conveniente con el fin de llegar a ciertos acuerdos de voluntades.” La citada jurista en ese mismo orden de ideas expone: “...una vez que se logran conocer los datos de los contratantes no se resuelven todas las dificultades, sino que, por el contrario, se generan otras nuevas, entre ellas destacan el correcto uso que de los datos personales de los contratantes hagan las partes que tienen conocimiento de ellos; y no sólo por parte de las personas involucradas en una previa contratación, sino también de otros sujetos que, mediante el empleo de conocimientos y medios tecnológicos apropiados, son capaces de violentar las posibles protecciones que rodean a los actos jurídicos y obtener unos datos que pueden ser empleados de modo fraudulento con posterioridad. Esta posibilidad repercute directamente en la desconfianza que se genera en torno a este tipo de contratación, por lo que constituye una de las causas determinantes de una no mayor difusión de la contratación a través de Internet.”¹³

¹³ López, Mariana. Regulación jurídica de la contratación electrónica en el Código Civil Federal. Pág. 106



El avance tecnológico en la actualización de sistemas informáticos de soporte en la redes interconectas por un servidor universal genera un sinnúmero de posibles problemas en la entrada de amenazas virtuales como los virus, que generan un descontrol dentro del entorno sistemático del software del dispositivo electrónico.

La problemática es real y existirá por siempre pero dependerá del conocimiento que se maneje en el campo tecnológico para establecer líneas más seguras en relación a las contrataciones que se realicen en forma on-line, el trabajo en conjunto con sujetos de diferentes profesiones (con mayor importancia las profesiones de ingenieros, abogados y notarios) para crear un sistema simple en conocimiento de los particulares quienes deseen crear un contrato electrónico y complejo en entendimiento de los profesionales que desarrollen este sistema en beneficio de crear un mayor grado de confianza en el monitoreo de eliminar amenazas virtuales en perjuicio de las partes, así como en dar validez y perfeccionamiento del documento electrónico a través de la función asesora, legitimadora, preventiva y autenticadora que genera un notario en la creación del contrato electrónico.

Es de mencionar que derivado del avance acelerado de la tecnología en nuestro país no es ilógico pensar en la creación de un protocolo virtual (en interacción virtual con la oficina del notario y las diferentes instituciones de registro estatales) en coexistencia con el protocolo físico que actualmente se utiliza. Ante esta problemática, se han buscado algunas soluciones en otros países que tienen más tiempo regulando cuestiones de contratación electrónica, la principal respuesta que han encontrado es la



firma electrónica, la cual está dirigida a acompañar un documento, también en formato informático, enviado a un determinado destinatario por el procedimiento hoy común y más empleado de comunicación a través de la red, esto es, el correo electrónico.

“Nadie discute que el correo electrónico es un instrumento sumamente útil para llevar a cabo la conclusión de un contrato a través de Internet, ya sea empleado directamente y de forma individual por las partes, o como instrumento utilizado dentro de la contratación a través de una página web o una subasta electrónica, por ello la firma electrónica ha sido el instrumento más apropiado para dar una solución a los problemas de inseguridad jurídica al celebrar un contrato electrónico.”¹⁴

El avance en la encriptación de la firma electrónica avanzada nos hace suponer que el acuerdo de voluntades plasmada en el contrato electrónico genera la confianza necesaria en la validez y perfeccionamiento del documento electrónico, sin embargo aún existe inseguridad por las personas al suponer de la existencia de personas especializadas en el conocimiento del área tecnológica, por tal razón nuestra legislación deberá modificarse en sentido de poder regular ciertos actos considerados como delitos informáticos, evitando que personas utilicen los contratos electrónicos como medio de estafa, haciendo suponer la adquisición de productos que jamás estarán en su poder y la entrega del precio acordado por determinado objeto realizado a través del pago electrónico, falsificando los datos de los compradores en beneficio de cobrar una suma mayor a la acordada.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 108



Se deberá establecer por los bancos debidamente autorizados el acuerdo de voluntades realizado vía electrónica, creando una conexión entre el banco y el cuentahabiente de las transacciones realizadas de una cuenta a otra e identificando plenamente a la persona individual o jurídica que ha ofrecido el producto o bien, dando aviso de cualquier anomalía al mismo cuentahabiente o cualquier otra institución para la localización de estos sujetos que intenten cometer cualquier delito informático, brindando así la seguridad y certeza jurídica en la formación, tramitación, validez, eficacia y perfeccionamiento del contrato electrónico.

2.3. Perfeccionamiento del contrato electrónico

La perfección de los contratos electrónicos se rigen por las reglas generales aplicables en materia de contratación entre distantes, para el momento de la perfección del mismo, existiendo el consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que se haya remitido el mensaje hacia el aceptante y este no pueda alegar ignorancia del mismo, sin faltar a la buena fe de las partes.

El Código Civil guatemalteco en su Artículo 1518 establece: los contratos se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, excepto cuando la ley establece determinada formalidad como requisito esencial para su validez, así mismo el Artículo 1519 preceptúa: Desde que se perfecciona un contrato obliga a los contratantes al cumplimiento de lo convenido, siempre que estuviere dentro de las disposiciones legales relativas al negocio celebrado, y debe ejecutarse de buena fe y la



común intención de las partes, por último el Artículo 1523 normaliza que cuando la oferta se haga a persona ausente el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella en el plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación del plazo, el actor de ella quedara ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento.

En los contratos electrónicos se aplica además el Artículo 20 de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y de Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), que preceptúa: “si al enviar o antes de enviar una comunicación electrónica, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo de la comunicación electrónica, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no; o, b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido la comunicación electrónica. Cuando el iniciador haya indicado que los efectos de la comunicación electrónica estarán condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que dicha comunicación no ha sido enviada en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo.”

La contratación electrónica se caracteriza por la distancia de las partes en la perfección del negocio, aunque no en términos absolutos, debido a que el lapso transcurrido entre la oferta y la aceptación puede llegar a ser muy reducido lo que hace más parecida a una contratación entre presentes, siendo que el acuerdo de voluntades realizada vía electrónica es de aplicación de la generalidad de precepto jurídicos establecidos para



una contratación típica.

Es de observancia la aplicación conjunta de la legislación civil o mercantil guatemalteca junto con lo establecido en las leyes especiales, como lo es la aplicación de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y de Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), que norma lo relativo a la forma de hacer de conocimiento la oferta, el acuerdo de la voluntad en la creación del documento electrónico, el objeto que es parte de la contratación electrónica, la vía en que se realizará el pago en el cumplimiento de las obligaciones establecidas dentro del contrato electrónico ante las instituciones gubernamentales donde se requiera su registro, si se tratará de bienes inmuebles o ante los órganos jurisdiccionales, si surgieren controversias entre los sujetos, originado por la falta de cumplimiento de las obligaciones por alguna de las partes.

2.3.1. Teorías del perfeccionamiento del contrato electrónico

Al referirnos a la contratación electrónica, se debe observar la situación en donde las partes (oferente y aceptante) se encuentran en sitios distintos, utilizando para culminar el negocio jurídico a través de los medios electrónicos idóneos, en aras de proporcionar la seguridad jurídica, la delimitación del momento y el lugar donde se perfecciona el contrato.

La celebración de contratos a distancia, es un tema muy común en el comercio electrónico, originado por la utilización del fax como medio de envío de la oferta y la



aceptación del mismo contrato, pero la actualización de las nuevas tecnologías, como el internet y los dispositivos inteligentes, con todas las herramientas y aplicaciones que la rodean son motivo para la aplicación de nuevas normas y criterios específicos que respondan, a estas nuevas realidades.

Hasta cuatro teorías se manejan para considerar culminado un contrato:

- **La teoría de la emisión:** Teoría denominada de la manifestación o de la declaración, por esta teoría el contrato se perfecciona desde el momento de la emisión de la declaración de voluntad en aceptación de la oferta, por el usuario o consumidor.
- **La teoría de la expedición:** En esta teoría se le exige al aceptante a proporcionar adecuadamente su aceptación para que esta llegue de la forma correcta al oferente. Es decir, que para esta teoría no basta la simple emisión, sino que esta manifestación debe recibirse de la misma forma, exigiéndose el medio adecuado con la correspondencia a través de la remisión en la declaración por medio de correo certificado con acuse de recibo o el postal exprés, que se garantice por estos medios la entrega del mensaje.
- **La teoría de la recepción:** Proposición intermedia entre las anteriores y la siguiente, mediante la que se considera que la aceptación no es definitiva hasta que llega al ámbito o círculo de intereses del oferente –establecimiento mercantil, domicilio, etc. – Lo importante es que llegue, no siendo relevante si el interesado la conoce o no



directamente. Esta es la que podemos atribuir al Artículo 18.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980. Este convenio, como así se manifiesta en su preámbulo, tiene su origen en los objetivos fijados en el sexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de un nuevo orden económico internacional, a fin de desarrollar el comercio internacional sobre la base de la igualdad y del beneficio mutuo. En este momento nos interesa resaltar su Parte II, relativa a la formación del contrato, y concretamente el Artículo 18.2: “La aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente”. Además, en su Artículo 1, párr. 3º, prevé que: “A los efectos de determinar la aplicación de la presente Convención no se tendrá en cuenta ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato”.¹⁵

- **La teoría del conocimiento** (denominada asimismo de la cognición o de la información): “Según ella el contrato sólo se perfecciona cuando el oferente recibe la declaración de voluntad de la aceptación y toma efectivo conocimiento de ella, en aras a la seguridad jurídica parece que más plausible es esta última. El contrato en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta. Por consiguiente, se nos señala también en su segunda parte el lugar de la perfección del contrato, estableciendo una presunción “iuris tantum” – salvo pacto en contrario- de que la misma se verificó en el sitio donde nació la oferta –el domicilio del oferente-.”¹⁶

¹⁵ Bennisar, Andrés. *La validez y eficacia del documento electrónico en sede procesal*. Pág. 880

¹⁶ *Ibíd.* Pág. 881



En opinión, se establece la creación de una quinta teoría, reuniendo aspectos importantes de cada una de las teorías antes mencionadas y así coadyuvar a mejorar la forma del perfeccionamiento del contrato electrónico, proporcionando así, seguridad y certeza jurídica a las partes que deseen realizar un acto jurídico bilateral por medios electrónicos.

- **La teoría ecléctica:** El contrato se perfeccionará desde el momento en que es emitida la declaración de voluntad aceptando la oferta, exigiendo al aceptante encaminar adecuadamente su aceptación para que llegue al oferente. No bastará por ninguno de los sujetos la simple emisión (contestación) sino que debe procurarse que se reciba esa manifestación (aceptación), estableciéndose por ambas partes un medio electrónico común fiable (que garantice la existencia de una relación jurídica bilateral causal), para la correspondencia recíproca en emisión, expedición, remisión y conocimiento de la declaración y el consentimiento de cada una de las partes, garantizándose con estos medios la entrega, la seguridad y certeza jurídica la actuación de buena fe de ambos sujetos.

Además debe considerarse que la aceptación no es definitiva, sino hasta que llega al ámbito o círculo de intereses del oferente, lo importante es que llegue, no siendo relevante si el interesado la conoce o no directamente. Ambos sujetos deberán acreditar por los medios electrónicos que son las personas que dicen ser, estableciendo una conexión directa con el Registro de datos digital de identificación personal, que los certificará como sujetos idóneos para la celebración de una



contratación electrónica.

Las teorías antes expuestas coadyuvan a la creación de criterios más sólidos en la aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica en aras de la validez, perfeccionamiento y eficacia del contrato electrónico, creando normas más ajustadas a la regularización de los acuerdos realizados vía electrónica, proponiendo condiciones viables a una equidad e igualdad de ambas partes en cumplimiento de las obligaciones pactadas dentro del negocio jurídico generado vía electrónica, la buena fe de los sujetos contratantes dentro de la relación jurídica-electrónica interviene como parte del consentimiento libre de vicios como requisito indispensable de las intenciones de los sujetos en la creación del documento electrónico incorporado a la certificación de la identidad y la firma electrónica avanzada por ambas partes.

2.3.2. Momento y lugar del consentimiento

La contratación electrónica se caracteriza por la contratación a distancia o sin presencia física simultánea de los contratantes. El Código Civil guatemalteco en el Artículo 1523 preceptúa: "Cuando la oferta se haga a persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. Si la oferta se hiciera sin fijación de plazo, el autor de ella quedará ligado durante el tiempo suficiente para que la contestación llegue a su conocimiento."; así mismo el Artículo 1524 establece: "el contrato por teléfono se considera celebrado entre presentes", en este Artículo como en el anterior, el contrato se reputa celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.



La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en el Artículo 24 establece el tiempo y lugar del envío y la recepción de las comunicaciones electrónicas. De no convenir otra cosa el iniciador y el destinatario, la comunicación electrónica se tendrá por: a) Expedida: en el momento en que salga de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste o, si la comunicación electrónica no ha salido de un sistema de información que esté bajo el control del iniciador o de la parte que la envíe en nombre de éste, en el momento en que esa comunicación se reciba. b) Recibida: en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en una dirección electrónica que él haya designado. La comunicación electrónica se tendrá por recibida en otra dirección electrónica del destinatario en el momento en que pueda ser recuperada por el destinatario en esa dirección y en el momento en que el destinatario tenga conocimiento de que esa comunicación ha sido enviada a dicha dirección.

Se presumirá que una comunicación electrónica puede ser obtenida por el destinatario en el momento en que llegue a la dirección electrónica de éste. c) La comunicación electrónica se tendrá por expedida en el lugar en que el iniciador tenga su establecimiento y por recibida en el lugar en que el destinatario tenga el suyo, conforme se determine en función de lo dispuesto en esta ley.

El precepto jurídico anteriormente citado asemeja a las teorías expuestas previamente en la resolución del conflicto surgido de establecer el momento y lugar del



perfeccionamiento del contrato electrónico, generando que el acuerdo de voluntades se realice comunicación bilateral por medio electrónico determinado por ambas partes, observando anticipadamente la certificación debida por la institución verificadora de la legalidad de la comunicación electrónica, a favor de crear un contexto de plena certeza y seguridad jurídica en la formación del documento electrónico para adquirir la autenticación, validez, eficacia y efectos legales necesarios en aras del cumplimiento imperativo de las obligaciones establecidas dentro del contrato electrónico.

La perfección del contrato electrónico estará sujeta a las mismas condiciones establecidas para los contratos típicos, sobresaliendo la característica que el consentimiento se realizará con las partes presentes en lugares diferentes, perfeccionando por tanto el documento electrónico a través de la recepción de la voluntad por el medio electrónico utilizado en el envío de comunicaciones generadoras de las cláusulas pactadas entre ambos sujetos.

El momento y el lugar del perfeccionamiento del contrato electrónico se darán por la aceptación expresa que ambos sujetos realicen en cumplimiento de hacer de conocimiento la voluntad de cada parte, con las condiciones que ambos establezcan observando dentro de las mismas la no existencia de arbitrariedades o ilicitudes que menoscaben los derechos de los sujetos, dejando en la antigüedad la existencia de los contratos electrónicos e informáticos de pura adhesión que transgreden la voluntad bilateral y libre del sujeto contratante. La no presencia física de las partes en un mismo lugar no será impedimento para la realización del contrato electrónico, por lo



establecido a lo largo de este estudio tan solo bastará el envío de las comunicaciones de forma bilateral de cada sujeto para hacer de conocimiento las cláusulas a incorporar en el documento electrónico.

2.4. La oferta

“Es una propuesta que se realiza con la promesa de ejecutar o dar algo. La persona que anuncia una oferta está informando sus intenciones de entregar un objeto o de concretar una acción, en general a cambio de algo o, al menos, con el propósito de que el otro lo acepte. Para la economía, la oferta está constituida por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado en un momento determinado y con un precio concreto. Realizando una simplificación, puede decirse que la oferta es la cantidad de productos y servicios que se encuentran disponibles para ser consumidos.”¹⁷ Es decir, una manifestación de voluntad unilateral mediante la cual el oferente manifiesta al destinatario la celebración de un determinado contrato; el Artículo 1629 del Código Civil guatemalteco establece: “que la persona que ofrezca al público objetos en determinado precio, queda obligada a mantener su ofrecimiento”; el Artículo 1630 establece: “el que hace oferta por la prensa u otro medio de difusión, de remunerar una prestación o un hecho, contrae la obligación de cumplir lo prometido.”

El negocio jurídico originado de la oferta realizada, conlleva a la preparación y formación del contrato electrónico con los requisitos requeridos para su validez y eficacia, manteniendo la calidad y el precio del objeto ofrecido por el oferente al

¹⁷ <http://definicion.de/oferta/#ixzz41yztnlfD>. (Consultado: 4 de marzo de 2015).



destinatario, observando la certificación debida del medio electrónico a utilizar en el envío bilateral de las conversaciones que originarán el consentimiento y la aceptación de las cláusulas, en cumplimiento de las obligaciones pactadas, así como la verificación de la identidad de los sujetos.

“En derecho comercial existe una figura jurídica denominada oferta o propuesta, lo cual no es más que un plan de la realización de un negocio jurídico que una persona le propone a otra, es decir, que en presencia de una oferta o propuesta estamos frente a un propósito de realizar un negocio jurídico; la oferta o propuesta se encuentra consagrada en el Artículo 845 del código de comercio. Por su parte la Corte Suprema de Justicia sala de casación civil en sentencia de 4 de abril de 2001 expediente 5716, se refirió al tema de la siguiente manera: No puede confundirse la “oferta”, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formula a otra (Artículo 845 del Código de Comercio) (que en cuanto reúna los requisitos allí previstos, además de ser irrevocable, da lugar al nacimiento del contrato, una vez ha sido aceptada por el destinatario), con cualquier invitación a emprender negociaciones que una persona exponga a otra u otras, manifestación, esta última que abarca múltiples posibilidades tales como los avisos publicitarios y propagandísticos por medio de los cuales el comerciante anuncia sus productos, y a los que el Artículo 847 del mismo código les niega obligatoriedad, hasta las proposiciones que una persona hace a otras para que le formulen verdaderas ofertas, conductas todas ellas que apenas insinúan, como su nombre lo sugiere, el deseo serio y leal de querer contratar y solamente darán lugar a la responsabilidad propia de quien quebrante los deberes de corrección y buena fe que



gobiernan la actividad preparatoria de los contratos.”¹⁸

La proposición del oferente hacia el destinatario deberá realizarse de buena fe, a través de la diversidad de sistemas electrónicos mediante los cuales se hará llegar las obligaciones y derechos pactados en relación a la eficacia del contrato electrónico aceptado, sin que exista modificación o alteración en la entrega del producto u objeto acordado. La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en el Artículo 25 preceptúa: “que toda propuesta de celebrar un contrato presentada por medio de una o más comunicaciones electrónicas, que no vaya dirigida a una o varias partes determinadas, sino que sea generalmente accesible para toda parte que haga uso de sistemas de información, así como toda propuesta que haga uso de aplicaciones interactivas para hacer pedidos a través de dichos sistemas, se considerará una invitación a que oferte, salvo que indique claramente la intención de la parte que oferte la propuesta de quedar obligada por su oferta en caso de que sea aceptada.”

Puede suceder que una persona ofrezca a varios destinatarios la celebración de un mismo contrato o que varias personas ofrezcan a un solo destinatario. Estaríamos frente a una mancomunidad de obligaciones, ya sea esta simple o solidaria, si cada una se refiere a la celebración de un contrato singular bilateral entre el oferente y cada uno de los destinatarios o si se refiere a que cualquiera de éstos podrá aceptar la oferta

¹⁸ <http://www.gerencie.com/que-se-entiende-por-oferta-o-propuesta-en-derecho-comercial.html>. (Consultado: 15 de marzo de 2015).



que se le ha hecho, siempre que los contratos puedan celebrarse separadamente, si no fuera posible por tratarse de un contrato único plurisubjetivo bilateral, cada uno de los destinatarios debe aceptar la respectiva oferta que se le ha hecho.

El hecho de que se haga una oferta a varias personas, se debe determinar las condiciones a que se sujetará cada sujeto en relación a la obligación pactada, sin embargo, como observamos puede que una sola oferta realizada a varios sujetos puede aceptarla cualquiera de ellos, estando en posición cada uno el aceptar el objeto ofrecido o en aceptar la oferta en forma general determinando las obligaciones para cada parte.

2.4.1. Requisitos de la oferta para su validez

- Debe contener todos los elementos del contrato propuesto, que permita que mediante la simple aceptación del destinatario se forme el contrato, la intención del oferente de celebrar el contrato propuesto.
- Certificación veraz de la licitud del contrato, la identidad de los sujetos, y garantizar que el objeto ofrecido debe estar dentro del comercio, es decir que sea legal.
- Debe ser conocida por el destinatario; que llegue a conocimiento de la persona a quien está dirigida, obteniendo el recibo respectivo de la oferta sin modificación alguna.



- Autenticación de la firma electrónica a través de la Sociedad de Información y verificación del envío y recepción del consentimiento de cada sujeto con las cláusulas pactadas.

La recepción de la oferta se realizará por cualquier medio electrónico, obteniendo el remitente el recibo de la oferta realizada por el mismo, enviada por el destinatario. Es necesario que el receptor (es dispensable que el receptor se identifique plenamente) de la oferta sepa con quien va a contratar, siendo indispensable que el oferente se identifique, pero que el destinatario pueda comunicarle de manera precisa su aceptación, así como brindar la seguridad del cumplimiento del contrato a través de la firma electrónica, la impresión dactilar digital y las certificaciones digitales correspondientes, como la certicámara.

La Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), establece en el Artículo 17 que se entenderá que una comunicación electrónica proviene del iniciador, si ha sido enviado por el mismo. En las relaciones entre el iniciador y el destinatario, se entenderá que una comunicación electrónica proviene del iniciador si ha sido enviado: a) Por alguna persona facultada para actuar en nombre del iniciador respecto de esa comunicación, o b) Por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente.



2.4.2. Formalidad de la oferta

El contrato electrónico puede constar en un documento escrito, cuando este haya sido formalizado, autenticado y certificado de plena validez, eficacia y perfeccionamiento de las cláusulas pactadas, teniendo como prueba la impresión del mismo documento electrónico creado, así como la obtención de una base de datos y la correspondencia electrónica del envío y recepción de las comunicaciones generadas, por el acuerdo de las obligaciones pactadas en formación del contrato electrónico.

El Código Civil de Costa Rica en el Artículo 141, preceptúa que en los casos en que la ley establece que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través, de medios eléctricos, ópticos u otro análogo.

Al generarse la comunicación electrónica, la constancia de la formalidad de la oferta solo queda en el medio electrónico en el que se creó, por ejemplo en una oferta realizada por correo electrónico, este deberá ser certificado y encriptado para su posterior comprobación de existencia en términos de la oferta realizada. El Código Civil de Guatemala en su Artículo 1574 establece que toda persona puede contratar y obligarse: 1°. Por escritura pública; 2°. Por documento privado o por acta levantada ante el alcalde del lugar; 3°. Por correspondencia; y, 4°. Verbalmente, el Artículo 1575 preceptúa; el contrato cuyo valor exceda de trescientos quetzales, debe constar por escrito. Si el contrato fuere mercantil puede hacerse verbalmente si no pasa de mil quetzales; el Artículo 1576 regula; los contratos que tengan que inscribirse o anotarse

en los registros, cualquiera que sea su valor, deberán constar en escritura pública. Sin embargo, los contratos serán válidos y las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública, si se establecieren sus requisitos esenciales por confesión judicial del obligado o por otro medio de prueba escrita.

La legislación civil guatemalteca en relación a la formalidad del contrato electrónico, no regula lo relativo a la plena certeza jurídica de la autenticación del documento electrónico, si bien es cierto es aplicable todo lo relativo en las disposiciones a las obligaciones, es de trascendencia la modificación o incorporación de artículos referentes a la validez del contrato electrónico, incorporando la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en la creación, modificación y extinción de contratos típicos regulados por nuestra normativa civil en formalidad especial de un contrato electrónico, estableciendo la plena prueba que deben tener los sujetos que hayan realizado un negocio jurídico dentro del ciberespacio, otorgando la seguridad jurídica en la relación jurídica dotando de validez y eficacia al documento electrónico.

El Código de Comercio de Guatemala, en el Artículo 671 regula las formalidades del contrato; preceptuando que los contratos de comercio no están sujetos, para su validez a formalidades especiales. Cualesquiera que sean la forma y el idioma en que se celebren, las partes quedarán obligadas de la manera y en los términos parezca que quisieron obligarse. Los contratos celebrados en el territorio Guatemalteco y que hayan surtir efectos en el mismo, se extenderán en el idioma español.



En la actualidad en el comercio electrónico se utiliza el Electronic Data Interchange – EDI–, como mecanismo de comprobación para identificar a la persona que envía el mensaje, estableciendo así, que la persona es quién dice ser, además la obligatoriedad de ser firmados digitalmente los mensajes, permitiendo que el contenido no sea alterado y en caso de ser obstaculizado por terceras personas, este no pueda ser descifrado.

En la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), en el Artículo 7 preceptúa: “que cuando cualquier norma jurídica requiere que una información, comunicación o un contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico, o prevea consecuencia en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá con ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”.

No existe regulación para dar formalidad a los contratos electrónicos, sin embargo en la ley citada anteriormente nos amplia un campo más en aplicación de establecer la existencia de un contrato realizado vía internet, constando el mismo por escrito en papel o cualquier otro medio físico, agregando como otro medio para hacer constar la existencia del contrato electrónico, la incorporación de una base de datos electrónicos a cargo de un sociedad de información, así como la consulta de los mismos a través de las compañías telefónicas cuando el negocio jurídico se haya generado a través de medios telefónicos o servicios que estas empresas presten, decodificando cada



comunicación interlocutora a un documento en físico impreso y autenticado respectivamente por un notario, dándole la validez, eficacia y perfeccionamiento al contrato electrónico, proveyéndole de seguridad y certeza jurídica a la relación jurídica generada dentro del espacio virtual.

2.5. La aceptación

La bilateralidad de la comunicación de la oferta y la aceptación, son receptorías una de otras, formalizándose ambas al momento y el tiempo en que se establece la certificación de las comunicaciones enviadas a través del mismo medio electrónico, siendo necesario la intermediación de una prestadora de servicios de certificación digital la o el cibernotario el que garantice la legalidad de la encriptación asimétrica y el establecimiento de las clave pública y privada que contendrá el documento electrónico en su creación. La sociedad de la información y los registros públicos determinarán cada uno la veracidad de los datos proporcionados dentro del contrato electrónico.

Actualmente la oferta y la aceptación como quedo establecido, pueden emitirse en lugar y momento distinto al que se encuentran las partes, siendo la emisión del consentimiento de los sujetos por vía electrónica, por correspondencia bilateral en correo electrónico on-line o por medio telefónico, quedando constancia de los documentos previos a la formalización del contrato electrónico, que tendrá la existencia de los términos y las obligaciones que deberán cumplirse posteriormente al perfeccionamiento del contrato electrónico, sin que exista alteración alguna de la modificación del objeto o las condiciones pactadas con anterioridad.



"La aceptación es precisamente la declaración de voluntad por la que el destinatario de la oferta asiente a la misma. Debe ser tempestiva y sin variaciones con respecto a la oferta. Es tempestiva aquella aceptación que tenga lugar antes de que pierda vigencia o eficacia la oferta. Si contiene variaciones relevantes, no podrá ser considerada como una aceptación, sino como una contraoferta, cuya eficacia para la perfección del contrato dependerá de la aceptación del oferente inicial. Cuando la aceptación recoja alguna variante menor, de escasa importancia, podrá considerarse como tal, dando así lugar a la perfección del contrato. La aceptación, como declaración receptiva que es, puede ser también revocada, siempre que ello se produzca antes de que la misma dé lugar a la perfección o nacimiento del contrato. Esa revocación es igualmente una declaración de voluntad receptiva. También pierde eficacia la aceptación si, antes de que fuese perfeccionado el contrato, fallece el aceptante o queda incapacitado. No obstante, en el tráfico empresarial también la exigencia de seguridad, relacionada con la confianza en la apariencia, puede excluir esa ineficacia o caducidad de la aceptación."¹⁹

Podemos agregar que la aceptación es la manifestación de voluntad expresada por el receptor y dirigida al proponente, comunicando a éste su conformidad con los términos, condiciones, plazos y la calidad de la oferta. Con la declaración del consentimiento expreso, el receptor y el oferente quedarán obligados de celebrar el contrato en los citados términos y condiciones previamente pactadas.

El Código Civil guatemalteco, en el Artículo 1523 establece: "cuando la oferta se haga a

¹⁹ Rodríguez Cano, Rodrigo Bercovitz.. **Manual de derecho civil (contratos)**. Pág. 40



persona ausente, el contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la contestación de aquella dentro del plazo de la oferta. En la contratación electrónica una de las dificultades es referente a la aceptación al de su carácter receptivo, por el hecho de corroborar la existencia de medios idóneos y certificados que ayuden a establecer seguridad jurídica en establecer una conexión segura que evite filtraciones de terceras personas. Concluyendo, que tanto la oferta como la aceptación deberán proponerse y celebrarse por medios electrónicos. No existe una oferta electrónica cuando un artículo es ofertado por catálogo o en papel pero adquirido a través de una llamada telefónica.

En la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47 2008 del Congreso de la República de Guatemala), en el Artículo 20; acuse de recibo, preceptúa: si al enviar o antes de enviar una comunicación electrónica, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo de la comunicación electrónica, pero no se ha acordado entre estos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no; o b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido la comunicación electrónica. Cuando el iniciador haya indicado que los efectos de la comunicación electrónica estar condicionados a la recepción de un acuse de recibo, se considerará que la comunicación electrónica no ha sido enviada en tanto que no se haya recibido el acuse de recibo.

2.5.1. Requisitos de la aceptación para su validez

- Comunicación bilateral en formación del contrato electrónico en términos y

condiciones previamente establecidos.

- La oferta debe ser congruente con la calidad y el precio acorde al tipo de objeto, producto o bien.
- Apertura, la aceptación debe ser hecha mientras la oferta se encuentra vigente en un plazo adecuado a la intención de contratar.
- Que guarde la forma requerida, sin ser modificada la oferta realizada. La certificación requerida para el resguardo de las comunicaciones realizadas entre la oferta y la aceptación, aplicando la seguridad del documento sin que exista amenaza externa.

2.6 Validez y eficacia del contrato electrónico

En el mundo actual en legislaciones de varios Estados, existe retardo en la regulación de actos jurídicos realizados por medios telemáticos, careciendo estos de seguridad y certeza jurídica en la eficacia de los documentos electrónicos y por tanto la nulidad del negocio jurídico plasmado dentro del contrato electrónico, generando conflictos en la pretensión de negar los efectos que produzca un documento electrónico, en la creencia de no existir un documento físico que avale la constancia de un negocio jurídico realizado vía electrónico, aún cuando nuestro ordenamiento jurídico le otorga la validez necesaria al documento electrónico, siendo las normas reguladoras del contrato electrónico vigentes más no positivas.

Sin embargo, varios autores proponen teorías e instituciones que logren la mayor



seguridad de realizar un negocio jurídico vía internet, evitando la inclusión de amenazas internas y externas que desvirtúen las condiciones y términos pactados entre los sujetos de la obligación creada, en algunos países como España, Venezuela, Colombia y México han regulado la formalidad, el perfeccionamiento, la seguridad y certeza jurídica de los contratos electrónicos otorgando validez legal y eficacia de los documentos electrónicos, creando normas que aceptan como plena prueba a estos documentos dentro de un proceso judicial.

En España, por ejemplo el Real Decreto Ley 30/1992 del 26 de noviembre, del “Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”, otorga validez al documento electrónico, al disponer en el Artículo 45 (3), que los documentos emitidos cualquiera que sea su soporte, por medio electrónicos, informáticos o telemáticos por la administraciones públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios gozarán de la validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras leyes.

“La validez y eficacia son dos conceptos que la teoría general del derecho se encarga de diferenciar, aunque en ocasiones se confunden sus efectos. Para que una norma jurídica sea válida ha de elaborarse por el órgano o institución competente respetando los requisitos formales necesarios, de los cuales el último en el tiempo es su publicidad. En cambio, una norma será eficaz cuando pueda invocarse, pasando a ser susceptible



de crear derechos y obligaciones en las relaciones jurídicas [...]. Aplicando esta teoría general al tema que nos ocupa, la validez del documento electrónico vendrá determinada, en primer lugar, por su licitud, y, en segundo término, si cumple con los requisitos prescritos por la normativa aplicable. En cambio, su eficacia final en el proceso concreto se circunscribe a su disposición como sustento de la acción planteada o si resulta probada la información que incorpora y su grado de influencia, todo lo cual tendrá reflejo en la sentencia. Limitando más el argumento, es aplicable también a la relación entre la autenticidad del documento y su eficacia probatoria. [...]La autenticidad hace referencia a la concordancia del autor aparente del documento con el autor real. Otra cosa es la eficacia probatoria de dichos documentos, es decir, que pruebe su contenido. Y en orden a tal punto es de significar que la impugnación o falta de reconocimiento por la contraparte de un documento no impide a los Tribunales atribuirle valor probatorio en unión de otras pruebas.”²⁰

Cuando se reconoce un documento electrónico dentro de un proceso civil es necesario que previamente este haya sido establecido como prueba preconstituida, para que este mismo adquiera su validez jurídica y su eficacia, así como el valor probatorio del mismo, sin embargo por ser un documento electrónico, este no consta en físico siendo necesario su previa legalización ante las autoridades requeridas, tales son los casos a través de la prestadora de servicios de certificación digital en la que establecerá a partir de la clase de certificado que se requiera la otorgación de la validez de la comunicación electrónica, inmovilizando el medio electrónico para que no exista una futura violación al mismo documento electrónico.

²⁰ Bennasar, Andrés. La validez y eficacia del documento electrónico en sede procesal. Pág. 722



El procedimiento anteriormente generalizado, llevará a cabo un posterior paso, tratándose de este en la legalización del documento electrónico ante notario, siendo este previamente generado por la misma prestadora de servicios de certificación digital el documento en físico, para que se demuestre su existencia.

La validez y eficacia de un documento electrónico en nuestro país, es de suma importancia derivado del crecimiento constante del uso de redes sociales y del incremento de la demanda del servicio de Internet, el crecimiento constante de la población vehicular hace que las personas prefieran realizar todas sus actividades desde el punto donde se encuentra, ya sea en su hogar o en su área laboral por tanto el tiempo en la actualidad es un factor importante en la vida cotidiana de las personas, argumento que es frecuente hoy en día.

“El tratamiento por los medios informáticos, permite la sustitución del soporte en papel del contenido de los documentos. Actualmente se tiene una transición entre la economía basada en papeles y una economía electrónica-digital. El resultado de esto, es la disminución de los costos para miles de empresas y sujetos alrededor del mundo, pero también la creación de un nuevo paradigma, que confunde las legislaciones mundiales, en las cuales los medios electrónicos no fueron analizados para la creación de normas. Muchos autores han coincidido en que el documento como objeto corporal que refleja una realidad fáctica con trascendencia jurídica, no puede identificarse ni con el papel como soporte, ni con la escritura como unidad de significación.”²¹

²¹ <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/validez-regulacion-legal-documento-107477>. Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica. (Consultado: 1 de abril de 2015).



Por lo tanto el ordenamiento jurídico guatemalteco debe ser un mecanismo eficaz en medida de la regular la actividad contractual dentro del ciberespacio en el territorio nacional, dotando de mayor seguridad jurídica a los contratos realizados dentro del ciberespacio, actualizando la normativa ya vigente y conocimiento en el manejo de comunicaciones electrónicas por las administración pública, así como en la administración de justicia, la necesidad de conocer los nuevos métodos de desarrollo tecnológico desde el punto de visto jurídico.

El documento electrónico, se debe concebir como un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática o telemática.

En Guatemala, el Decreto número 42-2006 del Congreso de la República de Guatemala; reforma el numeral octavo del Artículo 1131 del Código Civil guatemalteco; donde preceptúa lo siguiente: "Firma autógrafa y sello del registrador titular, registrador sustituto o registrador auxiliar que autorice la operación, así como el sello del Registro. La firma autógrafa podrá ser sustituida por firma electrónica, digitalizada o impresa por cualquier medio electrónico, que producirá los mismos efectos jurídicos que la autógrafa, siempre que se cumpla con las normas de seguridad establecidas y aprobadas por el registro para garantizar su legitimidad."

En la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) para dar certeza



jurídica a los contratos electrónicos en el Artículo 5, preceptúa lo siguiente: “no se negaran efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato estén en forma de comunicación electrónica.”

Así mismo en el Artículo 7 de la ley antes citada se establece: “cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o un contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”; el Artículo 8 preceptúa: “cuando cualquier norma jurídica requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica; a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica y b) si el método empleado; 1.- Es fiable y resulta aplicable para los fines para los que se genero o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o si, 2.- Se ha demostrado en la práctica que, por si solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método cumple las funciones enunciadas en la literal a);

En el Artículo 15 de la ley antes mencionada establece: “en la formación de un contrato por particulares o entidades públicas, salvo acuerdo expreso entre las partes,



la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de una comunicación electrónica. No se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación una o más comunicaciones electrónicas.”; así mismo en el Artículo 23 se establece que: “las consecuencias jurídicas de las comunicaciones electrónicas se regirán conforme a las normas aplicables al acto o negocio jurídico contenido en dicho mensaje de datos”; en el Artículo 33 se preceptúa lo siguiente: “La firma electrónica o la firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, 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 datos consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose esta, según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales”.

La legislación antes citada demuestra el interés del Estado en regular la actividad contractual de las personas en el ciberespacio, siendo de tal trascendencia la modificación de la normativa vigente en relación a crear un ambiente de seguridad y certeza jurídica al disminuir la comisión de delitos informáticos que ha ido en alza en los últimos años, incorporando dentro de la normativa nuevas instituciones que monitoreen la actividad contractual de las personas dentro del ciberespacio, evitando así las amenazas internas y externas que surgen con motivo de engaño a personas que pretenden adquirir un objeto, producto o bien vía internet, reglamentando la oferta realizada, el procedimiento de aceptación y la creación del documento electrónico, imponiendo estándares normativos en cumplimiento con determinados requisitos y



formalidades que engrosen de validez, eficacia, perfeccionamiento y autenticación del contrato electrónico.

El documento tradicional se asemeja mucho al documento electrónico, por lo que este último en la incorporación de un lenguaje de signos digitales y permanentes (valores asimétricos, texto alfanumérico o gráfico), así como la incorporación del lenguaje convencional componen la estructura del mismo, destinado a ser duradero en el tiempo, pero estos componentes del documento electrónico no hacen que el mismo sea ajeno al conocimiento y la utilización en una contratación tradicional, sino de cumplir con los estándares de seguridad jurídica y de la legalización requerida proporcionará la certeza jurídica necesaria para la validez y el valor probatorio ante juez.

La Ley Modelo de Comercio Electrónico, de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional –CNUDMI–, establece el criterio de equivalencia funcional, con respecto a la validez del documento electrónico y su equiparación al documento en soporte papel. Aunque esta ley, no representa más que una recomendación para los Estados, estos deben tomar en cuenta las modernas concepciones que allí se establecen, para fortalecer la economía mundial.

En el título de Reconocimiento jurídico de los mensajes de datos; el Artículo 5 de esta misma ley, expresa que “No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. También se establece que el término mensaje de datos se aclara en el Artículo 1, siendo este:



“... la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, óptico o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”; el Artículo 6.1, enuncia el principio expresando que: “cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta”; en el Artículo 9 expresa que: “la información presentada en un mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria”.

La Ley Modelo del Comercio Electrónico como cualquier otra norma, se encuentran problemas de correspondencia funcional como lo son: el documento escrito, la firma electrónica, originales y copias, el problema de la prueba y la conservación de los mensajes de datos. Los documentos electrónicos originales en su validez se exige la garantía en la veracidad de conservación para su probidad, siendo la admisibilidad de las copias como medio de prueba, el que se rija por el mismo principio establecido para los documentos tradicionales, en cumplimiento con los requisitos que se exigen para que la copia del documento tradicional pueda servir como prueba, otorgando la validez necesaria para su valor probatorio como documento original, así como la veracidad de las copias realizadas del mismo documento catalogado como válido y original.

Un documento electrónico no solo se exige la validez de la firma electrónica avanzada, la certificación del mismo documento, así como la comprobación de veracidad en la



identificación de las partes, sino que al momento de crearse el contrato electrónico, este quede en una base de datos como medio prueba de la relación jurídica existente, autenticando el documento electrónico en el momento de ser impreso, para su posterior validez por notario dejando constancia de la existencia de la conservación de mensajes electrónicos que serán mostrados por la parte que requiera la autenticación del documento, así como la certificación de la firma electrónica registrada.

La admisibilidad del contrato electrónico en los diferentes países, será de conformidad a las reglas que estos mismos hayan adoptado como sistema y medio por el cual se apreciará el valor probatorio de la existencia, la eficacia, la forma de la validez, el perfeccionamiento del lugar y el momento del documento electrónico, siendo que el sistema adoptado por los países es el de libre apreciación de la prueba, siendo el juzgador el encargado de otorgar dentro del juicio los efectos y la fuerza probatoria después de una adecuada valoración y comprobación de autenticidad, al documento electrónico.

Lo anterior expuesto por la jurista antes citada, conlleva en concordancia con la Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) que preceptúa que “los documentos electrónicos ofrecen plena prueba y validez jurídica”, con lo cual queda estipulado que los documentos electrónicos eficaz y que cumplan con los requisitos establecido podrán estar revestidos de fuerza probatoria, empero no con la certeza requerida en la actualidad, ya que debe tener mayor seguridad en relación a la fuerza de la



autenticación del documento electrónico tanto en forma electrónica como en físico cuanto este se encuentre impreso y debidamente autenticado.

2.7. Nulidad del contrato electrónico

La nulidad en los contratos electrónicos resulta de las condiciones necesarias y relativas, sujetándose en aspectos importantes y reales de las condiciones de los sujetos, como la capacidad y el consentimiento, así como la licitud del objeto ofrecido.

La nulidad resulta de la falta de las condiciones necesarias en las cualidades personales de las partes, pero además de esto el objeto debe estar dentro del comercio, puede que las partes tengan la capacidad requerida para la celebración del negocio jurídico, pero el objeto este fuera del comercio, o que el objeto sea lícito y tengan la capacidad necesaria y relativa, pero exista vicio en el consentimiento de las partes, por lo tanto al evaluar la validez del contrato electrónico es de observancia las formalidades requeridas por las leyes. La nulidad no solo irá dirigida a la capacidad, el consentimiento y el objeto, sino a la certificación de la firma electrónica y la autenticación del documento electrónico.

El Artículo 1301 del Código Civil guatemalteco regula: “Hay nulidad absoluta, en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios jurídicos que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto sin revalidables por confirmación”; el Artículo 1303 preceptúa que “El



negocio jurídico es anulable: 1º Por incapacidad relativa de las partes o de una de ellas; y 2º Por vicios del conocimiento; en el Artículo 1304 regula que los negocios que adolecen de nulidad relativa pueden revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación, a sabiendas del vicio que los hace anulables; Artículo 1308 establece que La nulidad de una o más de las disposiciones de un negocio jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de las obligaciones accesorias; pero la nulidad de éstas no induce la de la obligación principal;

En el Artículo 1310, de este mismo Código Civil, preceptúa que la nulidad que se funde en vicios del consentimiento de las partes o una de ellas, solamente se podrá intentar por la parte cuyo consentimiento está viciado o por quién resultare directamente perjudicado; y en el Artículo 1311 regula que la nulidad procede con respecto a las obligaciones de los ausentes, de los menores y de los incapaces, cuando no se han observado las formalidades requeridas por la ley, o cuando los menores o incapaces actúan sin intervención de las personas que los representan. En estos casos, la acción de nulidad por parte del menor, incapaz o ausente, corresponde a su representante legal o a la Procuraduría General de la Nación.

La nulidad del contrato electrónico según la legislación civil guatemalteca, puede ser absoluta o relativa, siendo la primera aquella en que el negocio jurídico no surten los efectos jurídicos suficientes como para alcanzar la validez y eficacia jurídica; la segunda es aquella en la que existe vicios o defectos en la constitución del documento



electrónico, sin importar que haya sido válida su formación.

Por nulidad absoluta se establece como todo aquel acto, careciente de valor jurídico por tratarse de un acto que no llena los requisitos requeridos por la ley, por el cual se puede declarar la ineficacia del documento, así mismo el documento electrónico al que no se establecen los requisitos necesarios para su eficacia, se deberá establecer por analogía lo preceptuado para la formalidad de los contratos tradicionales. La nulidad relativa se refiere como aquella condición especial en que se encuentra un negocio jurídico, dejando a las partes el poder subsanar los defectos que provocaran la impugnación del mismo negocio, destruyéndose el mismo cuando no obstante, el haber sido válidamente formado, adolece de un grave defecto constitutivo.

La nulidad absoluta y relativa tienden a dejar sin eficacia un documento electrónico, sin embargo lo establecido por el Código Civil guatemalteco, argumenta la revalidación en confirmar expresamente o dando cumplimiento a la obligación a un negocio jurídico a pesar de contener vicios que hace anulable el negocio jurídico, es decir se confirma el negocio jurídico o contrato sin importar que este revestido de nulidad relativa por contener vicios en el consentimiento, incapacidad o por ausencia de las formalidades requeridas por la ley.

La Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en su Artículo 7 establece que: "Cuando cualquier norma jurídica requiera que una información, comunicación o un



contrato consten por escrito, en papel o en cualquier medio físico, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta”; en el Artículo 8 regula lo siguiente: “Cuando cualquier norma jurídica requiera que una comunicación o un contrato sea firmado por una parte, o prevea consecuencias en el caso de que no se firme, ese requisito se dará por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de esa parte y para indicar la voluntad que tiene tal parte respecto de la información consignada en la comunicación electrónica; y, b) Si el método empleado: p) Es fiable y resulta apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, inclusive todo acuerdo aplicable; o si, q) Se ha demostrado en la práctica que, por si solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método cumple las funciones enunciadas en la literal a) del presente artículo.”

En el Artículo 28 de la citada ley, establece el error en las comunicaciones electrónicas, preceptuando lo siguiente: “ Cuando una persona física cometa un error al introducir los datos de una comunicación electrónica intercambiada con el sistema automatizado de mensajes de otra parte y dicho sistema no le brinde la oportunidad de corregir el error, esa persona, o la parte en cuyo nombre ésta haya actuado, tendrá derecho a retirar la parte de la comunicación electrónica en que se produjo dicho error, si: a) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, notifica a la otra parte el error tan pronto como sea posible después de haberse percatado de éste y



le indica que lo ha cometido; y si, b) La persona, o la parte en cuyo nombre haya actuado esa persona, no ha utilizado bienes o servicios ni ha obtenido ningún beneficio material o valor de los bienes o servicios, si los hubiere, que haya recibido de la otra parte. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectara a la aplicación de regla de derecho alguna que regule las consecuencias de un error cometido, a reserva de lo dispuesto en el primer párrafo de este artículo”.

Los anteriores preceptos jurídicos, indican los requisitos necesarios para que el documento electrónico no carezca de eficacia legal, evitando ser declarado de nulidad relativa o de nulidad absoluta, sin embargo no hay que olvidar la nulidad del contrato electrónico por vicios del consentimiento, procurando por ambas partes establecer los datos de identificación verídicos para que el contrato no sea declarado de nulidad posteriormente, certificando cada aspecto de las condiciones personales de ambos sujetos por las entidades de certificación, así como el medio de certificación de comprobación de identidad como lo es la certicámara, el uso de aplicaciones para establecer su identidad por medio de la impresión dactilar digital.





CAPÍTULO III

3. Medios electrónicos de seguridad y certeza jurídica

La actualización de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) deberá incorporar nuevos medios que presten mayor seguridad a las comunicaciones electrónicas, para evitar la amenaza de interceptación de la comunicación electrónica como riesgo eminente al momento de conectarse a Internet. Los nuevos medios electrónicos traen consigo nuevos mecanismos de soporte en protección de las conexiones IP y EDI, formando claves tanto privadas como públicas en resguardo del documento electrónico, así como la encriptación del mismo documento. La conservación de los mensajes de datos electrónicos como beneficio de la existencia de la contratación electrónica generará la eficacia necesaria en el mundo del ciberespacio, siendo un medio probatorio el dejar constancia de la comunicación pre contractual de las condiciones y términos que los sujetos pactaron en acuerdo generado del cumplimiento de ciertos requisitos y formalidades estipuladas dentro del documento electrónico, esta conservación de datos podrá ser solicitada su revisión en caso de la existencia de un proceso judicial, teniendo validez probatorio la autenticación y certificación de la comunicación electrónica conservada.

El documento electrónico por no constar en físico, no puede ser negada su existencia, ya que en la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas



(Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), le da la validez a este tipo de documentos, empero no es malo suponer que el documento electrónico puede constar como documento físico, ya que este podría ser impreso para su posterior autenticación ante notario.

Por tanto la necesidad de que los funcionarios públicos conozcan y utilicen de las nuevas herramientas electrónicas e informáticas proporcionará una amplitud al campo jurídico en regulación y solución de conflictos, riesgos, amenazas y delitos surgidos dentro del ciberespacio, sobre todo en materia contractual, modificando nuestro ordenamiento jurídico en incorporación de normas más justas en beneficio de establecer mayor seguridad y certeza jurídica a la contratación electrónica en Guatemala.

“Son mecanismos informáticos utilizados para realizar las funciones legales de las firmas digitales. Mediante el uso de estos mecanismos se logra la equivalencia funcional entre la firma manuscrita y la digital. La firma digital no puede existir independientemente de un certificado digital que lo contenga porque la firma, entendida como un conjunto de datos, es una característica del certificado. El software del firmante aplica un algoritmo hash sobre el texto a firmar, obteniendo un extracto de longitud fija, y absolutamente específico para ese mensaje. Un mínimo cambio en el mensaje produciría un extracto completamente diferente, y por tanto no correspondería con el que originalmente firmó el autor. El extracto conseguido, cuya longitud oscila entre 128 y 160 bits (según el algoritmo utilizado), se somete a continuación al cifrado



mediante la clave secreta del autor. De esta forma obtenemos un extracto final cifrado con la clave privada del autor, el cual se añadirá al final del texto o mensaje para que se pueda verificar la autoría e integridad del documento por aquella persona interesada que disponga de la clave pública del autor”.²²

Los mecanismos informáticos son medios tecnológicos utilizados para realizar funciones legales, esto quiere decir, dar la validez necesaria al documento electrónico por medio de los algoritmos impuesto dentro del mismo, estos mecanismos no son independientes de otros, ya que como se estableció la firma digital no puede existir sin un certificado digital, dando así a cada medio la legalidad necesaria de su existencia, incorporando al documento algoritmos que difícilmente podrán ser modificados posteriormente por alguna de las partes.

La seguridad jurídica implementada a través de estos mecanismos ayudarán al perfeccionamiento del contrato electrónico, evitando así posibles arbitrariedades o la comisión de delitos por alguno de los sujetos, solicitando además la incorporación de más medios electrónicos que coadyuven a dar la mejor eficacia del documento electrónico desde una perspectiva jurídica, teniendo la certeza jurídica que las obligaciones incorporadas dentro del contrato electrónico, así como las condiciones y términos pactados se cumplirán en su totalidad, sin que ninguno de los sujetos niegue la existencia del negocio jurídico subyacente.

²² López Morán. Op. Cit. Pág. 71



3.1. Seguridad y protección en los contratos electrónicos

En la Ley de para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), en el Artículo 33; en su tercer párrafo preceptúa: "...Cuando una firma electrónica avanzada haya sido fijada en una comunicación electrónica se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar esa comunicación electrónica y de ser vinculado con el contenido del mismo. Para considerarse fiable el uso de una firma electrónica avanzada, ésta tendrá que incorporar como mínimo los atributos siguientes: a) Que los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) Que los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) Que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y, d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, que sea posible detectar cualquier alteración de esa información hecha después del momento de la firma.

Lo dispuesto en este precepto jurídico, se entenderá sin perjuicio de la posibilidad que cualquier persona demuestre, de cualquier otra manera, la fiabilidad de una firma electrónica; o, que aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable."; en el Artículo 35 se establece: "Cuando puedan utilizarse datos de creación de firmas para crear una firma con efectos jurídicos, cada firmante deberá: a) Actuar con la diligencia razonable para evitar la utilización no autorizada de sus datos de creación de la firma.



b) Sin dilación indebida, utilizar los medios que le proporcione el prestador de servicios de certificación conforme la presente ley, o en cualquier caso esforzarse razonablemente, para dar aviso a cualquier persona que, según pueda razonablemente prever el firmante, pueda considerar fiable la firma electrónica o prestar servicios que la apoyen si: 1. El firmante sabe que los datos de creación de la firma han quedado en entredicho; o, 2. Las circunstancias de que tiene conocimiento el firmante dan lugar a un riesgo considerable de que los datos de creación de la firma hayan quedado en entredicho. c) Cuando se emplee un certificado para refrendar la firma electrónica, actuar con diligencia razonable para cerciorarse que todas las declaraciones que haya hecho en relación con el ciclo vital del certificado o que hayan de consignarse en él son exactas y cabales. Serán a cargo del firmante las consecuencias jurídicas que entrañe el hecho de no haber cumplido los requisitos anteriores enunciados en éste artículo”.

En el Artículo 38 de esta misma ley establece: “Serán de cargo de la parte que confía en el certificado las consecuencias jurídicas que produzca el hecho que no haya tomado medidas razonables para: a) Verificar la fiabilidad de la firma electrónica; o, b) Cuando la firma electrónica esté refrendada por un certificado: I. Verificar la validez, suspensión o revocación del certificado...” En la confianza transmitida por el certificado digital no genera una seguridad jurídica plena, ya que a pesar de la verificación de fiabilidad de la firma electrónica esta misma no cumple con los estándares establecidos en protección del contenido del documento electrónico, dejando el riesgo de la veracidad de la validez de la firma electrónica.



Los preceptos jurídicos anteriormente citados indican que la seguridad jurídica va dirigida a la creación de la firma electrónica, protegiendo los datos proporcionados por el firmante, siendo la prestadora de servicio de certificación la que queda a cargo de un posible alteración de la misma firma electrónica al momento de la firma, dando la solución de corregir el problema generado en alteración de la firma, además el firmante podrá refrendar su firma electrónica con incorporación de un certificado que considere fiable en resguardo de sus datos proporcionados.

Sin embargo la protección al contrato electrónico queda descartado dentro de la seguridad jurídica de estos preceptos jurídicos, ya que solo con la firma electrónica dentro del documento electrónico no podrá ser un medio suficiente de protección a los intereses suscritos dentro del mismo por ambas partes, se necesitará de la encriptación del documento por medio de claves privadas que solo los sujetos conocerán, estableciendo entre ambos una conexión más segura, como se argumenta anteriormente la seguridad jurídica en la firma electrónica, no conlleva solo la creación de la misma sino que la incorporación de los valores asimétricos dentro de la misma.

Citando nuevamente la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), en su Artículo 42 establece: "Las sociedades de certificación tendrán entre otros, los deberes siguientes: a) Emitir certificados conforme a lo solicitado o acordado con el firmante. b) Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y creación de firmas electrónicas avanzadas, la conservación y archivo de certificados y



documentos en soporte de mensaje de datos. c) Garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el firmante. d) Garantizar la prestación permanente del servicio de entidad de certificación. e) Atender oportunamente las solicitudes y reclamaciones hechas por los firmantes. f) Suministrar la información que le requieran las entidades administrativas competentes o judiciales en relación con las firmas electrónicas y certificados emitidos y en general sobre cualquier comunicación electrónica que se encuentre bajo su custodia y administración. g) Permitir y facilitar la realización de las auditorías por parte del Registro de Prestadores de Servicios de Certificación. h) Elaborar los reglamentos que definen las relaciones con el firmante y la forma de prestación del servicio. i) Llevar un registro de los certificados.

En el Artículo 46 de la misma ley se establece que: “Un certificado emitido por un prestador de servicios de certificación autorizada, además de estar firmado electrónicamente por éste, debe contener por lo menos lo siguiente: a) Nombre, dirección y domicilio del firmante. b) Identificación del firmante nombrado en el certificado. c) El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la prestadora de servicios de certificación. d) La clave pública del usuario en los casos de la tecnología de criptografía asimétrica. e) La metodología para verificar la firma electrónica del firmante impuesta en la comunicación electrónica. f) El número de serie del certificado. g) Fecha de emisión y expiración del certificado.

Las prestadoras de servicios de certificación como bien lo norma los artículos antes



citados, tan solo se sujetan a dar seguridad a los datos proporcionados por los firmantes en solicitud de la creación de la firma electrónica, quedando sujetos a responsabilidad de la alteración de los datos personales de los firmantes al cargo de la prestadora de servicios de certificación, además estas deberán llevar un control de la emisión de los certificados que hayan autorizado, coadyuvando a la auditoría realizada por el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación, por lo cual la seguridad y certeza jurídica en la creación de una firma electrónica, queda a cargo de la actividad auditora que debe ser realizada por esta institución estatal, así como la actualización del sistema de software de la prestadora de servicio de certificación en beneficio del resguardo de los datos otorgados por el firmante, sin olvidar el establecimiento de la encriptación de la misma firma electrónica a través de claves privadas que serán de conocimiento del firmante y de la entidad certificadora.

Hemos dejado en el olvido la seguridad y protección de los datos del contrato electrónico, ya que lo analizado anteriormente corresponde a la seguridad de los datos incorporados dentro de la firma electrónica, sin embargo no hay que olvidar que dentro del documento electrónico también se deja constancia de ciertos datos, así como los términos y condiciones del negocio contractual, por lo que este mismo deberá ser protegido de amenazas externas derivadas de virus informáticos y de personas que actúan de mala fe al contratar, con el objetivo de cometer un ilícito penal.

3.1.1. Protección de datos personales

Haciendo uso del derecho comparado citamos la Constitución Española que se refiere a



la protección de datos en los siguientes Artículos: 18.4 La ley delimitará al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos; 105.b La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

Estos artículos se recogen en su ley orgánica de protección de datos (LOPD) que otorga protección a los datos personales registrados en soporte físico que los haga susceptible de tratamiento y a toda modalidad de uso posterior de los mismos. Como se observa anteriormente, el Estado español ampara dichos datos frente al potencial manejo de terceros en forma no autorizada, evitando que se le afecte en su contexto personal, social o profesional, protegiendo los límites de su intimidad.

En el ordenamiento jurídico guatemalteco la protección a los datos de las personas queda estipulado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en los preceptos jurídicos siguientes: Artículo 31 que establece que toda persona tiene derecho de conocer lo que ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización...”; siendo este el principal mecanismo en protección de datos personales, otorgando la calidad de garantía constitucional habeas data, en resguardo sobre la información considerada privada de las personas naturales, sin importar el medio de su conservación; en el Artículo 24 en su epígrafe inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros que preceptúa lo siguiente: “La



correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna.” La obtención de información confidencial sin la resolución firme dictada por juez y en violación a este Artículo, no produce fe ni hacen plena prueba en juicio.

En la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), en el Artículo 42 en su inciso c) que estipula lo siguiente: “una de las obligaciones del prestador de servicios de certificación es de garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el firmante y llevar su registro correspondiente”.

Así mismo, en la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 1 que preceptúa lo siguiente: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su supremo es la realización del bien común; y en ese orden de ideas el Artículo 2 nos establece: “Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.

Cabe mencionar que los preceptos jurídicos antes citados nos dan un amplio contexto acerca de la protección que el Estado de Guatemala debe otorgar a la persona, siendo



de importancia el establecimiento de la seguridad, no solo integral sino trasciende a una seguridad jurídica en relación a las actividades que esta realice dentro del ámbito jurídico, pero la palabra seguridad enmarca además, hacia el entorno de establecer una certeza jurídica de la protección de las personas, en su actividad contractual protegiendo los datos personales que la misma provea como fin de establecer un relación contractual o del requerimiento de la creación de un firma electrónica a la entidad certificadora.

Citando la Ley de Acceso a la Información Pública (Decreto Número 57-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en los Artículos 22 en sus numerales preceptúa lo siguiente: “4) La que por disposición expresa de una ley sea considerada como confidencial; 5) Los datos sensibles o personales sensibles, que solo podrán ser conocidos por el titular del derecho y; 6) La información de particulares recibida por el sujeto obligado bajo garantía de confidencia. El fundamento de la clasificación de confidencial se hará del conocimiento del particular al resolver, en sentido negativo o acceso parcial, alguna solicitud de información, permitiendo el acceso a las partes de la información que no fueren consideradas como confidencial.

Así mismo en ley antes citada, el Artículo 30 se norma lo siguiente: “Los sujetos obligados serán responsables de los datos personales y, en relación con éstos, deberán: 1. Adoptar los procedimientos adecuados para recibir y responder las solicitudes de acceso y corrección de datos que sean presentados por los titulares de los mismos o sus representantes legales, así como capacitar a los servidores públicos



y dar a conocer información sobre sus políticas en relación con la protección de tales datos; 2. Administrar datos personales cuando éstos sean adecuados, pertinentes y no excesivos, en relación con los propósitos para los cuales se hayan obtenido; 3. Poner a disposición de la persona individual, a partir del momento en el cual se recaben datos personales, el documento en el que se establezcan los propósitos para su tratamiento; 4. Procurar que los datos personales sean exactos y actualizados; 5. Adoptar las medidas necesarias que garanticen la seguridad, y en su caso confidencialidad o reserva de los datos personales y eviten su alteración, pérdida, transmisión y acceso no autorizado. Los sujetos activos no podrán usar la información obtenida para fines comerciales, salvo autorización expresa del titular de la información y; el Artículo 31 regula lo siguiente: “Los sujetos obligados no podrán difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, salvo que hubiere mediado el consentimiento expreso por escrito de los individuos a que hiciere referencia la información. [...]”

Los preceptos jurídicos anteriormente citados hacen referencia a la protección de datos personales dentro de los diferentes registros de instituciones estatales o privadas, esto mismo atañe a la posible modificación de la Ley de Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) al crear la sociedad de la información, siendo una institución encargada del registro de la identificación de las personas, teniendo a su cargo la conservación de datos personales con motivo de establecer la identidad de las



personas dentro del contrato electrónico, dando certeza jurídica de la identidad de los sujetos, siendo un mecanismo doble de seguridad jurídica, en conjunto con la certificámapara y otros medios electrónicos fiables en protección de las personas que actúan de buena fe.

3.2. Firma electrónica

Tanto la firma tradicional como la firma electrónica o digital es la representación de la manifestación de la voluntad y el consentimiento expreso pleno en la aceptación del contenido del documento electrónico, siendo esta misma suficiente para la validez del mismo contrato.

La firma es la puesta por la persona de su puño y letra, por lo que la firma electrónica debe ser aquella donde la persona a través de su consentimiento en la creación de una clave privada en la encriptación de un documento electrónico, pero esta encriptación de la firma electrónica, debe ser a través de algoritmos básicos que permitan la seguridad jurídica de la conservación de datos personales proporcionados para la creación de la misma firma por las entidades de certificación autorizadas. Además podemos mencionar que la firma electrónica, tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita.

“Primeramente, cabe destacar que la firma electrónica hace referencia a un concepto amplio dentro del que se encuentra el más específico de firma digital. La firma digital se



estructura en la criptografía asimétrica, es decir que funciona por medio del cifrado de los datos que la componen, así que si uno no tiene la clave, el documento se convierte en ilegible. Hay dos claves, una privada (contenida en una tarjeta inteligente, o se podrá acceder a ella mediante un número de identificación personal, o por medio de un dispositivo de identificación biométrica), y una pública que se corresponden de forma matemática. Lo interesante es que el diseño y la ejecución de un criptosistema asimétrico hacen virtualmente imposible que las personas que conocen la clave pública puedan descubrir de ella la clave privada. Las consecuencias son: la información enviada bajo la firma digital sólo puede leerse por la persona autorizada que posea la clave; a partir de esto se acredita la identidad de quien firma el documento electrónicamente.”²³

En opinión, la firma electrónica estructurada a través de la criptografía asimétrica, funcionará como medio de cifrado para los datos adquiridos en la creación de la misma firma, obteniendo así la clave para cifrado del mensaje incorporado dentro del documento, convirtiendo el mensaje en privado e ilegible si no se obtiene la clave respectiva, acreditándose la identidad de quien firma el documento electrónico.

Sin embargo como hemos mencionado anteriormente el documento que contiene los términos y condiciones pactados dentro del contrato electrónico, deben ser protegidos por el mismo sistema criptológico asimétrico en verificación de la identidad de ambos contratantes, al momento de estampar la firma electrónica legalmente certificada por la entidad de servicios de certificación debidamente autorizada, incorporando así la

²³ Gomes Soares. Op. Cit. Pág. 17



seguridad y certeza jurídica, para otorgar de validez, perfeccionamiento y eficacia del contrato electrónico.

La forma de establecer un firma electrónica avanzada con encriptación es el siguiente: el emisor del mensaje lo encripta digitalmente, utilizando una clave privada determinado el grado de seguridad a implementar en el mismo mensaje, posteriormente el receptor podrá descifrarlo utilizando la clave privada del titular de forma que si el mensaje, conteniendo información textual, es legible, tiene la seguridad de que el mensaje ha sido enviado por el titular de la clave privada, sin embargo también corresponde la incorporación de una clave pública que entre ellos utilizarán. El mensaje con la seguridad implementada generará que este no sea modificado; siendo este procedimiento de encriptación que emita la certeza jurídica, que el emisor no pueda negar ser el autor del mensaje. Cualquier persona que tenga la clave pública del usuario puede verificar la integridad del contenido, así que si el mensaje ha sido modificado el criptograma no se descifrará de forma adecuada.

Ese conjunto de datos asociados al documento electrónico, certifica tanto la identificación del firmante como la integridad del mensaje, siendo esa secuencia de datos electrónicos, los aplicados al mensaje enviado a través del algoritmo de cifrado asimétrico, equivalente a la firma manuscrita como medio de identificación del autor donde procede el mensaje, siendo la misma firma una secuencia de caracteres electrónicos que se adjuntan al final del mensaje.



3.2.1. Características de la firma electrónica

Las características de la firma electrónica determinarán el alcance de la seguridad implementada para la protección de los datos personales del firmante, la eficacia en el valor jurídico otorgado por la ley como si fuera una firma manuscrita.

Los algoritmos incorporados en la generación de una clave privada para establecer la protección del documento electrónico, al hacer ilegible el contenido del mismo si alguno de los sujetos no conoce la clave requerida, evitando la alteración o modificación del mensaje en perjuicio de alguno de los sujetos.

Estas características generarán que la misma firma electrónica cumpla con la función de ser un mecanismo de seguridad en protección del documento electrónico, generado claves privadas en conocimiento de las partes sujetas al contrato electrónico, es decir, que al incorporar algoritmos es de comparación con los correos electrónicos personales, en los cuales solo el titular del correo electrónico y la empresa prestadora de este servicio conocen la clave que se estipuló para el acceso de la cuenta de correo electrónico creada, manteniendo la privacidad de los documentos enviados y las conversaciones de un correo electrónico emisor a otro que es el receptor, por lo tanto la misma función tendría una firma electrónica al establecer algoritmos característicos que mantendrán la privacidad de lo establecido dentro del documento electrónico, descifrando el contenido del mismo solo aquellos sujetos que obtengan la clave privada de la misma firma electrónica.



Las autoras María Juliana Castañeda Ayala y Mónica Morales Quiroga exponen las siguientes características de una firma electrónica: "1.- La identificación de la parte o partes firmantes, es decir, quien ha generado y/o aceptado el documento firmado. La firma garantiza que el firmante o los intervinientes son quienes dicen ser; 2.- La autenticación del contenido, esto es, el contenido del documento se almacena o (en el supuesto de envío) se recibe íntegramente y sin modificación alguna. El contenido del documento electrónico firmado no puede ser alterado; 3.- La confidencialidad, ya que el contenido, al estar cifrado, sólo puede ser conocido por el firmante o por aquellos a quien el firmante autorice a acceder al documento firmado. El contenido del documento electrónico firmado sólo será conocido por quienes estén autorizados a ello y; 4.- El no repudio entre las partes. Puesto que se garantiza que el firmante o las partes firmantes son quienes dicen ser, ninguno de ellos puede negar haber firmado, enviado o recibido el documento."²⁴

A criterio propio se exponen las siguientes características: Encriptación de la firma electrónica en protección de los datos personales, el valor jurídico de la firma electrónica tendrá el mismo valor que una firma manuscrita, se certifica tanto la identificación del firmante como la integridad del mensaje, una secuencia de caracteres electrónicos de algoritmo de cifrado asimétrico que se adjuntan al final del mensaje, la información enviada sólo puede leerse por la persona autorizada que posea la clave, los sujetos no pueden negar la existencia del documento, si en este ya se incluyó la firma electrónica y la existencia de dos claves, una pública y otra privada.

²⁴ Castañeda, María y Morales Mónica. **Seguridad en las transacciones electrónicas**. Pág. 68.



3.2.2. Funciones legales de la firma electrónica

“En líneas generales, la regulación de la firma electrónica debe tener en cuenta a lo largo del procedimiento legislativo: 1.- El sistema de regulación ha de ser flexible y no restrictivo. 2.- Las normas deben ser tecnológicamente neutrales, sin que tengan especificaciones técnicas que impliquen la utilización de unos sistemas determinados y que se beneficien a algunos fabricantes sobre otros. 3.- Se debe reconocer la libertad contractual de las partes, que puedan adoptar un determinado sistema de acreditación o firma que reconozcan como válido en un contrato. 4.- Es conveniente apoyar la creación de estándares acordados por el sector. 5.- No debería autorizarse ningún sistema de almacenaje de claves privadas, en el que todo usuario que quisiera emplear un software criptográfico tuviera que entregar una copia de su clave privada a un “tercero de confianza” –que sería un organismo gubernamental– Si en un país se establece dicho sistema se está permitiendo a terceros ajenos a la comunicación el acceso a la clave y, por tanto, al contenido del mensaje, dando así oportunidades de atacar la privacidad con fines delictivos; por ejemplo las claves tendrían que ser guardadas en un archivo centralizado que sería un objetivo muy tentador para los hackers. Por otro lado supone graves problemas para el comercio electrónico ya que los usuarios no realizarán transacciones comerciales a través de internet tan masivamente como lo harían en otras circunstancias, debido al temor de que información confidencial –como el número de su tarjeta de crédito– pudiera terminar en manos de delincuentes.”²⁵

²⁵ *Ibíd.* Pág. 69



En la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en su Artículo 33, establece lo siguiente: “La firma electrónica o la firma electrónica avanzada, la cual podrá estar certificada por una entidad prestadora de servicios de certificación, 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. Se excluye de esta normativa lo referente a las disposiciones por causa de muerte y a los actos jurídicos del derecho de familia. Cuando una firma electrónica avanzada haya sido fijada en una comunicación electrónica se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar esa comunicación electrónica y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Este mismo precepto jurídico establece que: “para considerarse fiable el uso de una firma electrónica avanzada, ésta tendrá que incorporar como mínimo los atributos siguientes: a) Que los datos de creación de la firma, en el contexto en que son utilizados, corresponden exclusivamente al firmante; b) Que los datos de creación de la firma estaban, en el momento de la firma, bajo el control exclusivo del firmante; c) Que sea posible detectar cualquier alteración de la firma electrónica hecha después del momento de la firma; y, d) Cuando uno de los objetivos del requisito legal de la firma consista en dar seguridades en cuanto a la integridad de la información a que corresponde, que sea posible detectar cualquier alteración de esa información hecha



después del momento de la firma. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de la posibilidad de que cualquier persona demuestre, de cualquier otra manera, la fiabilidad de una firma electrónica; o, que aduzca pruebas de que una firma electrónica no es fiable.”

Las funciones legales de la firma electrónica son expuestos en el mismo Artículo citado, teniendo en cuenta los atributos que la ley le otorga a la firma electrónica, en garantía de la protección y seguridad de los datos personales de los firmantes, determinado así un sistema en beneficio del perfeccionamiento, la validez y eficacia del documento electrónico.

Lo expuesto en el primer párrafo nos sugiere el establecer para el funcionamiento de la firma electrónica, la implementación de sistemas fiables de autenticación y acreditación de la firma electrónica incorporada en un documento electrónico, proponiendo estándares para la creación de una firma electrónica en beneficio de los firmantes, sin autorizar entidades que requieran la entrega de la clave privada de los sujetos contratantes, dejando a criterio de los mismo la prestación del servicio de certificación a entidades que llenen los perfiles requeridos de seguridad y certeza jurídica a la otorgación de un contrato electrónico.

3.2.3. Tipos de firma

En España tanto el Real Decreto-Ley de Firmas Electrónicas como la directiva 99/93 sobre firma electrónica distinguen entre una firma electrónica y una firma electrónica



avanzada; la firma electrónica “simple” se define como datos electrónicos asociados de manera lógica con otros datos y utilizados como medio de autenticación, o bien utilizados como medio para identificar formalmente al autor del documento. La firma electrónica avanzada se define como aquella que está vinculada al firmante de manera única; permite la identificación del firmante; los medios de creación de la firma están bajo control exclusivo del firmante; y la firma está vinculada con los datos de forma que se pueda detectar cualquier cambio.

La generalidad de la definición de firma electrónica abarca la importancia dentro del ámbito comercial, en la existencia de muchas clases de software que permitan adquirir niveles de seguridad requeridos por el usuario, sirviendo para el ámbito jurídico que esta generalidad la creación de un marco jurídico entorno al desarrollo de la firma electrónica, con lo que se permitirá englobar la utilidad de la firma electrónica dentro del ciberespacio; y más concretamente en materia contractual.

En la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en su Artículo 2 preceptúa respecto a los tipos de firmas electrónicas, dando las siguientes definiciones: I.- Firma Electrónica: Los datos en forma electrónica consignados en una comunicación electrónica, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante con relación a la comunicación electrónica e indicar que el firmante aprueba la información recogida en la comunicación electrónica. II.- 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 los medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control y; d. Estar vinculada a los datos a que se refiere, de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable.

La firma electrónica y la firma electrónica avanzada son dos modalidades que a nuestra opinión, requiere de dos clases de criptografía asimétrica diferente, siendo congruente en que la utilización de ambas firmas podrán incorporarse dentro del contrato electrónico, sin embargo con la utilización de los certificados digitales de estampillado o de tiempo, o cualquier otro certificado confrontará la validez y eficacia del documento electrónico dentro del ciberespacio, las claves otorgadas a los tipos de firmas electrónicas coadyuvará al resguardo de los datos proporcionados en el contrato electrónico. El establecer las funciones generales y específicas para cada firma mantendrá el mejor funcionamiento de cada criptograma al utilizarse dentro del ciberespacio

El diferenciar los conceptos antes expuestos por la norma citada, la firma electrónica y la firma electrónica avanzada, son dos firmas similares pero diferentes en utilización, ya que se hace mención que la firma electrónica es lo general y la firma electrónica avanzada es lo específico, siendo la calidad de seguridad jurídica que cada una provea a los datos personales proporcionados por el firmante. En la firma electrónica simple, el firmante no mantiene el control de la misma sino de la entidad certificadora, en la firma electrónica avanzada esta mantiene una vinculación única y de exclusivo control por el



firmante, en protección de los datos por el posible cambio posterior de los mismos, siendo detectable la alteración de la misma.

3.3. Entidades de certificación

Son personas jurídicas facultadas para emitir certificados en relación con claves criptográficas de las personas que requieren de este servicio; siendo la función de estos la facilitación y ofrecimiento de los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos o del documento electrónico, también el cumplimiento de las funciones relativas a las certificaciones en las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

En Colombia, la Ley 527 de 1999, en su Artículo Segundo (2º), define las entidades de Certificación de la siguiente manera: “Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales. Así mismo la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, define a las Entidades de Certificación de la siguiente manera: Las entidades de certificación son aquellas personas jurídicas y privadas, incluidas las cámaras de comercio, que poseen el hardware y software necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación y archivo de



documentos soportados en mensajes de datos.”²⁶

En Guatemala, la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), dentro de las definiciones establecidas en su Artículo 2 preceptúa que un Prestador de Servicios de Certificación se debe entender como la entidad que expide certificados y puede prestar otros servicios relacionados con las firmas electrónicas; en el Artículo 40 de la misma ley, se establecen las características y requerimientos de los prestadores de servicios de certificación regulando en sus literal d) y en su último párrafo lo siguiente: “...Contar con las acreditaciones necesarias por los órganos o entidades correspondientes según la normativa vigente. El Ministerio de Economía podrá emitir los requerimientos y regulaciones que considere pertinentes, siempre sobre la base de su adecuación a las normas y principios internacionales reconocidos.”

Los certificados son manifestaciones hechas como resultado de la verificación que efectúa sobre la autenticidad, veracidad y legitimidad de las claves criptográficas asimétricas, así como la integridad del mensaje de datos y de la comunicación de emisión y recepción donde sean requeridos. Estas las entidades son las encargadas de facilitar y garantizar las transacciones comerciales dentro del ciberespacio que implican un alto grado de confiabilidad, siendo importante mantener un constante control del ente público a cargo de la verificación del objeto de la prestación del que se trate el documento electrónico, control que redundará en beneficio de la seguridad jurídica del comercio electrónico y además de poder aumentar sus funciones.

²⁶ García Santiago. Op. Cit. Pág. 161



3.3.1. Entidades de certificación frente a la actividad notarial

“La discusión se centró en la fe pública. Existen dos posiciones: a) Entidades de certificación otorgando fe pública; b) Entidades certificadoras que no cumplen funciones de fedatarias. La discusión se abordó tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia. Por su parte la Jurisprudencia a través de la Corte Constitucional (en Colombia) mediante sentencia C-662 de 2000, abordó el tema, el cual se expuso de la siguiente manera: Son dos los reparos que generan el cuestionamiento de constitucionalidad que plantea la demandante a saber: que las entidades certificadoras, estarían dando fe pública en Colombia, cuando esta función está reservada constitucionalmente de manera exclusiva a los notarios [...]. La Corte Constitucional entró a determinar si constitucionalmente la fe pública es una función privativa de los notarios, concluyendo lo siguiente: La Corte afirma que independientemente de las características técnicas de las entidades de certificación, es eminente que las mismas participan de un importante componente de la tradicional función fedante. La protección y la confianza que la comunidad deposita en el empleo de los medios electrónicos de comunicación, así como, en su valor probatorio –dice–, son los realmente relevantes para el derecho, pues ciertamente es el marco jurídico, el que crea el elemento de confianza. Exponiendo que las entidades de certificación certifican técnicamente que un mensaje de datos cumple con los elementos esenciales para considerarlo como tal, a saber, la confidencialidad, la autenticidad, la integridad y la no repudiación de la información, lo que en últimas permite inequívocamente tenerlo auténtico.”²⁷

²⁷ *Ibíd.* Pág. 167



En el ordenamiento jurídico guatemalteco, la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en su Artículo 41 se norma lo relacionado a las actividades de los prestadores de servicios de certificación dentro de su texto se describe lo siguiente:

“Los prestadores de servicios de certificación autorizados por el Ministerio de Economía para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las actividades siguientes: a) Emitir certificados en relación con las firmas electrónicas avanzadas de personas naturales o jurídicas, ya sean éstas digitales o de cualquier otra índole. b) Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción de las comunicaciones electrónicas. c) Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas electrónicas avanzadas certificadas, ya sean estas digitales o de cualquier otra índole. d) Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en las literales f) y g) del artículo 31 de la presente ley. e) Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de comunicaciones electrónicas. f) Ofrecer los servicios de archivo y conservación de comunicaciones electrónicas. g) Certificar en los certificados que expidan, las condiciones profesionales del titular de la firma para efectos de constituir prueba frente a cualquier entidad pública o privada.

Y en el Artículo 42 de esta misma ley se estipulan las obligaciones de los prestadores de servicios de certificación que en sus literales se establece lo siguiente: “...b) Implementar los sistemas de seguridad para garantizar la emisión y creación de firmas



electrónicas avanzadas, la conservación y archivo de certificados y documentos en soporte de mensaje de datos. c) Garantizar la protección, confidencialidad y debido uso de la información suministrada por el firmante. d) Garantizar la prestación permanente del servicio de entidad de certificación. e) Atender oportunamente las solicitudes y reclamaciones hechas por los firmantes. f) Suministrar la información que le requieran las entidades administrativas competentes o judiciales en relación con las firmas electrónicas y certificados emitidos y en general sobre cualquier comunicación electrónica que se encuentre bajo su custodia y administración...”.

En relación al tema, las entidades de prestación de servicios de certificación tienen una actividad de autenticación de los datos concernientes a la creación de las firmas electrónicas, sin embargo en ningún momento se estipula lo relacionado a que una entidad certificadora tendrá fe pública para autorizar contratos electrónicos, quedando un vacío legal en aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica, si bien es cierto, al comparar el derecho colombiano con el derecho guatemalteco se establecen grandes diferencias en regulación a temas relevantes en materia de contratación electrónica, pero la actividad notarial no debe de excluirse al avance tecnológico, es de trascendencia la incorporación del que hacer del notario a una actividad puramente electrónica, ya que siendo el notario, el profesional del derecho encargado de la fe pública que el mismo Estado le otorga para dar autenticidad de los documentos públicos, es a él quien le compete dar la autenticidad y legitimidad al contrato electrónico, cumpliendo con dos funciones importantes dentro de su actividad notarial.



Las entidades certificadoras solo prestarán el servicio de expedición de los certificados requeridos, cerciorándose de la legalidad de los datos personales de los firmantes, estableciendo mecanismos de seguridad actualizados que impidan la alteración o sustracción de los mismos por las amenazas tanto internas como externas dentro del ciberespacio determinado por las partes, siendo el notario como ya hemos mencionado el encargado de cerciorar la validez del documento electrónico, por lo tanto deberá establecerse nuevos procedimientos de autenticación del contrato electrónico en aplicación de la seguridad y la certeza jurídica a la actividad contractual desde el ciberespacio, protegiendo a las personas que actúan de buena fe dentro de una relación contractual.

En respaldo de la incorporación del notario a la actividad de certificación digital, citamos el Artículo 1 del Código de Notariado de Guatemala el cual preceptúa lo siguiente: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”

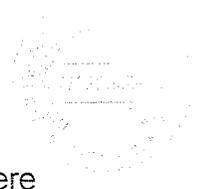
Como se observa es al notario al que se le delega la fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos revistiendo de legalidad y autenticidad al negocio jurídico. A lo indicado anteriormente, al incorporar nuevos preceptos jurídicos que amplíen el campo de la actividad funcional del notario, en posición de revalidar la legalidad de la relación jurídica electrónica creada, posterior a tener en físico el documento electrónico, es decir, que los documentos electrónicos para cumplir con requisitos que le den validez legal, se debe contemplar al notario como fedatario de los términos y



obligaciones estipuladas dentro del contrato electrónico, así como de las firmas electrónicas estampadas en el mismo contrato, otorgando la plena seguridad de la eficacia, validez y legitimidad legal de este.

3.3.2. Entidades de certificación un servicio público

En el Artículo 40 de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), se establecen las características y requerimientos de los prestadores de servicios de certificación: "Podrán ser prestadores de servicios de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero, que previa solicitud sean autorizadas por el Registro de Prestadores de Servicios de Certificación del Ministerio de Economía y que cumplan con los requerimientos establecidos por ésta, con base en las condiciones siguientes: a) Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como prestadores de servicios de certificación. b) Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas electrónicas avanzadas, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley. c) Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que hayan sido condenadas a pena privativa de libertad, o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquella. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto. d) Contar con las acreditaciones necesarias por los órganos o entidades correspondientes según la normativa vigente.



El Ministerio de Economía podrá emitir los requerimientos y regulaciones que considere pertinentes, siempre sobre la base de su adecuación a las normas y principios internacionales reconocidos.”

Similar regulación se establece en Colombia, en la que el autor Héctor García cita el Artículo 29 de la Ley 527 de 1999, el cual preceptúa lo siguiente: “Pueden ser personas jurídicas, nacionales o extranjeras, de carácter público o privado, con autonomía administrativa y financiera, prestadoras de un servicio público, bajo la vigilancia y control de la Superintendencia de Industria y Comercio. Así mismo, este autor cita a los doctores Velandia y Cárdenas, en donde afirman que “la naturaleza de las entidades de certificación se considera como la prestación de un servicio público.” Sigue exponiendo el citado jurista que: “Indudablemente, la actividad de certificación es un servicio público, que puede ser prestado por entidades públicas o privadas o conjuntamente entre estas.”²⁸

En relación a la naturaleza de la prestación del servicio por las entidades de certificación, nos adherimos a lo expuesto por el autor colombiano anteriormente citado, siendo la prestación del servicio de las mismas de carácter público, ya que es el Estado el que debe asegurar la prestación eficiente y legal del servicio de certificación en protección del bien común, cumpliendo con los deberes establecidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, velando a través del Ministerio de Economía el cumplimiento de la seguridad jurídica en beneficio de todos los habitantes del territorio, manteniendo el control y vigilancia a través de la regulación de los actos

²⁸ *Ibid.* Pág. 172



jurídicos realizados desde el ciberespacio, garantizando la certeza jurídica de la eficacia del documento electrónico dentro del territorio nacional.

3.4. Certificados digitales

Los certificados actuales puede que contengan los requisitos establecidos dentro de la normativa vigente, siendo lo obsoleto del sistema electrónico en la creación del certificado digital, perjudicando la comprobación de la veracidad de los datos personales contenidos dentro del mismo certificado, así como su uso debido. La utilización de la criptografía asimétrica (de clave pública o privada), independientemente del número de sistemas con los que se comunique, se deberá el otorgar como requisito indispensable el cumplimiento de protección en la integridad de la clave, evitando la viabilidad que exista un eminente ataque, el cual podría sustituir una clave pública y suplente a su usuario legítimo.

La creación de certificados de clave pública que conlleve un sistema de software sofisticado, en aras del cumplimiento necesario de los estándares requeridos en otorgar la seguridad jurídica solicitada que garantice la veracidad de la identidad del poseedor legítimo del certificado creado, a través del procedimiento establecido por las entidades de confianza llamadas Autoridades de Certificación, debiendo proporcionar las más absolutas garantías de seguridad jurídicas requeridas.

Las garantías de seguridad en la confidencialidad del mensaje y la identificación del



usuario por parte de los certificados digitales deben ser registros electrónicos capaces de resguardar la integridad del documento electrónico, por ser estos mecanismo electrónicos compuestos por métodos de criptografía asimétrica como sistema de seguridad al determinar la identidad del usuario o dueño del certificado digital, al proporcionar este la clave pública y privada que requerirá este sistema electrónico, y que generará un error en el software o su inmediata destrucción en el ciberespacio si esta clave no coincide con la establecida en el formato de creación del mismo certificado, determinando que la persona que trata de ingresar o de utilizar el certificado digital no es el propietario o usuario de este mismo.

La Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en su Artículo 2, define lo que se entenderá por certificado digital. Se estipula que certificado es: “Todo mensaje de datos u otro registro que confirme el vínculo entre un firmante y los datos de creación de la firma, usualmente emitido por un tercero diferente del originador y el destinatario.”

Y en el Artículo 46 de esta misma ley, se estipula el contenido de los certificados, siendo lo siguiente: “Un certificado emitido por un prestador de servicios de certificación autorizada, además de estar firmado electrónicamente por éste, debe contener por lo menos lo siguiente: a) Nombre, dirección y domicilio del firmante. b) Identificación del firmante nombrado en el certificado. c) El nombre, la dirección y el lugar donde realiza actividades la prestadora de servicios de certificación. d) La clave pública del usuario en los casos de la tecnología de criptografía asimétrica. e) La metodología para



verificar la firma electrónica del firmante impuesta en la comunicación electrónica. f) El número de serie del certificado. g) Fecha de emisión y expiración del certificado.”

“Sus funciones son unir un par de claves con la firma de un determinado titular, y asociar la identidad de una persona determinada a una clave pública concreta. El destinatario de un certificado, que quiera apoyarse en una firma digital, puede usar la clave pública incluida en ello para verificar si la firma digital fue creada con la correspondiente clave privada. Si tal verificación, realizada utilizando el referido certificado, es satisfactoria, se obtiene la seguridad de que la correspondiente clave privada es poseída por el titular mencionado en el certificado, y que la firma digital fue creada por este titular determinado. Así, el certificado mejora la fiabilidad de tal firma, ya que la autoridad de certificación antes de emitirlo realiza una serie de comprobaciones para asegurarse de que la persona a la que va otorgar el certificado es quien dice ser, estableciendo la relación entre una determinada clave pública y un determinado titular. Además, la autoridad de certificación se implica en tal establecimiento y asume responsabilidad por esta vinculación.”²⁹

Si el mismo software actúa como mecanismo de protección o de seguridad, la entidad prestadora de servicios de certificación digital deberá tener el conocimiento de esta misma actividad que se genere, por ser esta la entidad creadora del certificado digital, teniendo a su cargo el registro electrónico que permite la interacción de una actividad electrónica defectuosa, originado por la invasión al software que compone el certificado digital, por lo tanto la misma entidad certificadora deberá informar de esta actividad

²⁹ Gomes Soares. Op. Cit. Pág. 17



anómala al usuario del certificado a través de los medios electrónicos pertinentes o de las aplicaciones electrónicas que actualmente contienen los dispositivos electrónicos.

3.4.1. Certificados para firmar código

Al desarrollar un software, surge el derecho de propiedad intelectual, el cual es encriptado al mismo a través del certificado para firma de código, revistiéndolo de seguridad jurídica en protección del soporte electrónico y de los datos incorporados al mismo. Actualmente hay diversidad de software de soporte técnico para los diversos dispositivos electrónicos, entre los cuales podemos mencionar la creación de aplicaciones como servicios prestados en demanda de la solicitud para la satisfacción de una necesidad requerida para mejorar el sistema del dispositivo electrónico.

3.4.2. Certificados de tiempo o de estampillado digital de tiempo

Esta tipología de certificado permitirá otorgar la veracidad y dar fe el momento en que el documento electrónico empezó a nacer a la vida jurídica, es decir la existencia en determinado tiempo del documento, constituyéndose como elemento esencial de los servicios de registro documental y del resguardo o la protección de la propiedad intelectual o industrial física o electrónica que se presenta.

Podemos mencionar que estos certificados tendrán una encriptación digital de la hora y el lugar de la creación de los registros documentales y la protección de la propiedad



intelectual, así mismo, el poder utilizarse este tipo de certificados como medio de perfeccionamiento del tiempo en el que fue creado el documento electrónico. Siendo este un beneficio en la implementación no solo como certificado digital, sino la incorporación cronológica digital, en la creación de aplicaciones compuestas para la consolidación en dar origen a un documento electrónico, donde reúna requisitos necesarios de validez y eficacia del mismo documento en el ciberespacio, sin que exista riesgos de amenazas eminentes en la modificación de lo ya pactado.

3.4.3. La certicámara

En Colombia, se estableció una entidad de servicios de certificación digital para el procesamiento de toda información electrónica, esta entidad de certificación digital abierta, es constituida de conformidad con la Ley 527 de 1999 y los estándares técnicos internacionales, con el propósito de asegurar jurídica y técnicamente las transacciones, comunicaciones, aplicaciones y en general cualquier proceso de administración de la información digital. Los servicios de esta entidad están soportados por reconocida mundialmente tecnología PKI -Public Key Infrastructure que en español se traduce a infraestructura de clave pública-, para el envío, recepción, archivo y procesamiento de la información electrónica, verificador de la legalidad de los datos proporcionados y de la identificación plena d los sujetos.

3.4.4. Cancelación del certificado digital

Puede darse que la cancelación del certificado digital se de diferentes maneras, ya que



la legislación guatemalteca no especifica lo relativo a la cancelación del mismo, dejando a interpretación discrecional los artículos referentes a la revocación y terminación de los registros del certificado digital, teniendo en cuenta que se necesita la actualización de la normativa vigente, modificando el alcance legal para establecer un mayor ambiente de seguridad jurídica en la composición de datos electrónicos en composición de algoritmos desarrollados en capacidad del resguardo de los datos personales emitidos a través de los certificados electrónicos.

La Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) en el Artículo 47 establece la revocación de certificados regulando lo siguiente: “Los certificados podrán revocarse por: a) El firmante de una firma electrónica avanzada certificada, podrá solicitar a la prestadora de servicios de certificación que expidió un certificado, la revocación del mismo. En todo caso, estará obligado a solicitar la revocación en los eventos siguientes: i Por pérdida de la clave privada, en el caso de la tecnología de criptografía asimétrica; ii. La clave privada ha sido expuesta o corre peligro de que se le dé un uso indebido, en el caso de la tecnología de criptografía asimétrica. b) Si el firmante no solicita la revocación del certificado en el evento de presentarse las anteriores situaciones, será responsable por las pérdidas o perjuicios en los cuales incurran terceros de buena fe exenta de culpa que confiaron en el contenido del certificado. c) Una prestadora de servicios de certificación revocará un certificado emitido por las razones siguientes: 2. A petición del firmante o un tercero en su nombre y representación; 3. Por muerte del firmante; 4. Por liquidación del firmante en el caso de



las personas jurídicas; 5. Por la confirmación de que alguna información o hecho contenido en el certificado es falso; 6. La clave privada de la prestadora de servicios de certificación o su sistema de seguridad ha sido comprometido de manera material que afecte la confiabilidad del certificado; 7. Por el cese de actividades de la prestadora de servicios de certificación; y, 8. Por orden judicial o de entidad administrativa competente.”

En el Artículo 48 de esta misma ley, se preceptúa el término de conservación de los registros siendo su texto el siguiente: “La información y registros de certificados expedidos por una prestadora de servicios de certificación deben ser conservados por el término exigido en la ley que regule el acto o negocio jurídico en particular, o por diez años en caso de no existir dicho término.”

En relación a la cancelación del certificado el Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), establece la suspensión del certificado que dentro de lo preceptuado en el Artículo 21 regula lo siguiente: “Procederá la suspensión de la vigencia del certificado cuando se verifique alguna de las siguientes circunstancias: a) Solicitud del titular del certificado; y, b) Decisión del prestador de servicios de certificación en virtud de razones técnicas. El efecto de la suspensión del certificado es el cese temporal de los efectos jurídicos del mismo conforme a los usos que le son propios e impide el uso legítimo del mismo por parte del titular. La suspensión del certificado terminará por cualquiera de las siguientes causas: a) Por la



decisión del prestador de servicios de certificación de revocar el certificado, en los casos previstos en la ley o el presente reglamento; b) Por la decisión del prestador de servicios de certificación de levantar la suspensión del certificado, una vez que cesen las causas técnicas que la originaron; y, c) Por la decisión del titular del certificado, cuando la suspensión haya sido solicitada por éste.

En todo caso el prestador debe señalar en sus políticas cual debe ser el plazo máximo de suspensión permitida para el certificado. Para el caso del inciso b del presente artículo, una vez vencido el plazo el prestador deberá proporcionar, en forma gratuita, un reemplazo para no perjudicar al titular.”

Así mismo en el Artículo 22 del Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Acuerdo Gubernativo Número 135-2009 del Organismo Ejecutivo) indica las formas de dejar sin efecto un certificado digital, regulando en su texto lo siguiente: “Los certificados de firma electrónica quedarán sin efecto, adicionalmente a lo establecido en la ley, en los siguientes casos: 1. Por extinción del plazo de vigencia del certificado, el cual no podrá exceder de tres (03) años contados desde la fecha de su emisión; 2. Por revocación del prestador, la que tendrá lugar en las siguientes circunstancias: a) A solicitud del titular del certificado; b) Por fallecimiento del titular o disolución de la persona jurídica que represente, en su caso; c) Por resolución judicial ejecutoriada; d) Cuando el titular del certificado al momento de solicitarlo no haya proporcionado los datos de la identidad personal u otras circunstancias objeto de certificación, en forma exacta y completa; e) Cuando el

titular del certificado no haya custodiado adecuadamente los mecanismos de seguridad del funcionamiento del sistema de certificación que le proporcione el certificador; f) Cuando el titular del certificado no haya actualizado sus datos al cambiar estos; g) Por incumplimiento de las obligaciones del usuario establecidas en el artículo 30 del presente reglamento; y, h) Por las demás causas que convengan el prestador de servicios de certificación con el titular del certificado por medio de la política de certificados.

El efecto de la revocación del certificado es el cese permanente de los efectos jurídicos de este conforme a los usos que le son propios e impide el uso legítimo del mismo. La revocación de un certificado de firma electrónica podrá producirse de oficio o a petición de su titular por la concurrencia de algunas de las causales previstas en la ley o el presente reglamento. La solicitud de suspensión o revocación, según corresponda, se podrá dirigir al prestador de servicios de certificación en cualquiera de las formas que prevean sus prácticas de certificación.

La suspensión o revocación del certificado deberá ser comunicada inmediatamente a su titular, sin perjuicio que deba publicarse en el registro de acceso público que señala el Artículo 13 del Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Acuerdo Gubernativo Número 135-2009 del Organismo Ejecutivo).

3.5. La sociedad de la información

Sociedad de la información como fase de desarrollo social que se especifica por la

capacidad de sus miembros en el funcionamiento para obtención, información, recolección y resguardo de cualquier dato requerido por los sujetos que deseen la solicitud en la verificación de los datos proporcionados dentro del ciberespacio, de los actos jurídicos realizados en web, y que de ser preciso se podrá realiza de forma instantánea, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera.

El autor Eduard Aibar, citado por la doctora Luciana Guido, considera que: "en concordancia con una visión determinista, las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) suelen considerarse el detonante tecnológico de una transformación social de gran alcance y similar en magnitud a la revolución industrial. La "difusión" de la microelectrónica, específicamente, parece estar transformando profundamente nuestra cultura así como la economía, la política y la comunicación. Asimismo, el desarrollo de la informática es a menudo descrito como un proceso que sigue una dinámica independiente de los procesos sociales. En tal sentido, el término sociedad de la información suele ser utilizado mediante enfoques deterministas. Así, la sociedad de la información se entiende como el resultado del impacto generalizado de las tecnología de la información y la comunicación en la sociedad."³⁰

Una sociedad de la información apunta al desarrollo tecnológico; en la transformación de las actividades económicas, culturales, sociales y jurídicas de los sujetos a las actividades ciberespaciales, empleando los medios tecnológicos como herramientas de difusión del comercio electrónico, siendo la capacidad de cada Estado el regular las

³⁰ Guido, Luciana. Tecnologías de información y comunicación. Pág. 42

actividades que afecten el bien común. El comercio electrónico actual como revolución industrial moderna, considera la capacidad de ciertas personas en utilizar los medios electrónicos como publicidad en el ofrecimiento de sus productos, bienes u objetos diversos, pero las nuevas tecnologías de información y comunicación no solo enmarcan el comercio electrónico, sino que pasa más allá de los actos jurídicos regulados por el derecho mercantil, sino también aquellos actos considerados de carácter civil, laboral, administrativo o penal.

“El concepto de sociedad de la información, como construcción política e ideológica, se ha desarrollado de la mano de la globalización neoliberal, cuya principal meta ha sido acelerar la instauración de un mercado mundial abierto y auto regulado. Esta política ha contado con la estrecha colaboración de organismos multilaterales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, para que los países débiles abandonen las regulaciones nacionales o medidas proteccionistas que “desalentarían” la inversión; todo ello con el conocido resultado de la escandalosa profundización de las brechas entre ricos y pobres en el mundo.”³¹

La globalización del internet establece un mercado mundial dentro del ciberespacio, creando una política estrecha con la colaboración de múltiples organismos mundiales, en protección de inversiones realizadas en los Estados a través del ciberespacio, sin embargo el abismo enorme entre la economía de los Estados afecta la relación entre

³¹Burch, Sally. **Sociedad de la Información**. <http://vecam.org/archives/article518.html>. (Consultado: 23 de marzo de 2016)

ambos, ya que el comercio electrónico en un país desarrollado no es de comparación con un país subdesarrollado, pero el desarrollo del comercio electrónico dependerá de las políticas y ordenamiento jurídico que el mismo Estado establecerá en beneficio del desarrollo económico, cultural, social, educacional y jurídico en protección del bien común y de los intereses del Estado, impidiendo que otros países impongan sus condiciones o términos que no beneficien el desarrollo del Estado.

La consideración de que nuestro gobierno actualice nuestro ordenamiento jurídico en incorporación de una sociedad de la información contribuirá no solo al desarrollo del comercio electrónico, sino que al regularlo correctamente a través de su estudio, implementando nuevas características, obligaciones y facultades que la misma sociedad deberá realizar en pro del desarrollo institucional para la aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica dentro del comercio electrónico, a través de la información electrónica generada por esta sociedad.

3.6. Encriptación del documento electrónico

“Lo que se constata es que la criptografía contribuye en gran medida a la seguridad de las transacciones comerciales en una red tan insegura como internet. Sin embargo, la criptografía garantiza solamente parte de la seguridad al aseverar que la clave privada del emisor se corresponde con la clave pública utilizada para descifrar el mensaje y que, en última instancia, el mensaje se ha firmado con la correspondiente clave privada (atribuida, por ejemplo, a X), pues no garantiza la autenticación (que el mensaje ha sido firmado por X), ni que el par de claves corresponden efectivamente a la persona a la

que se atribuyen (X puede no existir o haber sido suplantado por una tercera persona). Para la solución de estos problemas de la firma digital, la criptografía necesita de una tercera parte de confianza (una entidad certificadora) que actuará para asegurar el vínculo entre la clave pública y el titular de la clave privada, emitiendo para ello un certificado electrónico de carácter digital. En general, las autoridades certificadoras crean claves privadas, emiten, suspenden, revocan, y dan a conocer la situación actual de un certificado.”³²

La encriptación de los documentos, de los mensajes y de la firma electrónica con la incorporación de la clave privada y de la clave pública asegurará el texto incorporado en los mismos. La aplicación en conjunto de los certificados digitales, la encriptación de algoritmos asimétricos y simétricos, y la firma electrónica en el contrato electrónico se implementa la seguridad jurídica cibernética del documento electrónico, sin embargo la certeza jurídica en la identidad de las partes en ocasiones queda sin comprobación, pero la actualización del sistema electrónico, la creación de sistemas con algoritmos capaces de identificar a los usuarios, los sistemas automatizados de mensajes o la utilización de cámaras electrónicas incorporadas a los dispositivos, será de beneficio en apoyo en comprobación de la veracidad de los datos de identidad de los sujetos.

3.7. Impresión o huella digital dactilar

Según el jurista Manuel Osorio, las huellas dactilares o digitales son aquellas las que dejan las yemas de los dedos, empleadas en la identificación personal, así mismo

³² Gomes Soares. Op. Cit. Pág. 17

expone que la impresión dactilar o digital (como sinónimo de Identificación): “es la acción que permite determinar si una persona es la misma que afirma ser o, en otros casos, si puede reconocerse en ella a una persona buscada. Sigue exponiendo el jurista: “Pero hasta el presente parece que el sistema más seguro de identificación es el de las huellas dactilares o digitales o dactiloscopia, que fue aplicado con esa finalidad por Galton de Inglaterra, hacia finales del siglo XIX, y mejorado en India por Henry. Pero quien llevó ese sistema de identificación a su perfeccionamiento fue el argentino Vucetich, de origen yugoslavo. A él se debe el sistema de clasificación de las huellas digitales, que por sus ventajas es aplicado no solo en Argentina, sino también en otros muchos países. A efectos de investigación criminal, la falla consiste en que los delincuentes habituales conocen los métodos encaminados a borrar o no dejar huellas dactilares (uso de guantes). Desde hace varios años se viene utilizando la impresión plantar en los recién nacidos en el momento del parto en las clínicas, maternidades y hospitales, para identificarlos y evitar su confusión con otros recién nacidos”.³³

Uno de los mecanismos de verificación de la impresión digital dactilar eficientes, es la prueba dactiloscópica, a través de estas se identifica a cada persona por medio de las características intrínsecas de sus huellas dactilares, ya que estas son perennes, inmutables y diversiformes, porque a pesar de que los años pasen esta siempre será igual o por lo menos si estas no son alteradas fisiológicamente o patológicamente, teniendo en cuenta que si estas mismas son alteradas debería de llevarse un control de las mismas, teniendo en cuenta el motivo o consecuencia de alteración de las huellas dactilares.

³³ Salvat Editores. Op. Cit. Pág. 468

El sistema computarizado de identificación de huellas dactilares, será un sistema que permita la identificación rápida y confiable de personas al contar con una base de datos proporcionados por los archivos tradicionales de identificación. Así mismo, expone que la evolución de la informática ha permitido la creación de un equipo de cómputo donde se proporcione la imagen de una impresión dactiloscópica o fotográfica (si se tiene) para que sea captada o archivada en una base de datos. En cuestión de minutos, el equipo computarizado puede localizar una huella cuestionada, latente u obtenida de un lugar de los hechos. Basta introducirla para que el sistema informe si existen antecedentes de ella en su memoria. En caso de que la localice, podrá complementar con información nominal o inclusive proporcionar una fotografía del presunto delincuente.

La implementación de mecanismos electrónicos de identificación personal, como las aplicaciones para dispositivos digitales como Android, Windows, iOS, Symbian, MS DOS, Ubuntu, etc., coadyuvan al mejor manejo de seguridad electrónica de los medios electrónicos, sin embargo existen medios por los cuales se vulnera la seguridad misma de los dispositivos, a través de atacantes externos e internos (virus, gusanos, caballos de troya, bombas de relojería, introducción de datos falsos, técnica salami, etc.), que los hackers utilizan como medios para la comisión de delitos como la estafa y el fraude electrónico.

El Estado de Guatemala debe garantizar la seguridad jurídica a los actos jurídicos realizados por los sujetos dentro del ciberespacio, debiendo actualizar la normativa

vigente en resguardo de la actividad comercial dentro del espacio virtual, al implementar una aplicación digital encargada de verificar la identidad de las personas a través de la impresión digital dactilar, a cargo del Registro Nacional de las Personas como guardador de la base de datos de identificación personal. La impresión digital dactilar ayudará a la certeza jurídica de la identificación de los sujetos dentro de la relación jurídica, dando seguridad que las obligaciones o términos acordados se cumplirán por la fuerza probatoria de la existencia del documento electrónico firmado electrónicamente, ratificando el contenido del mismo a través de la impresión digital dactilar.

La implementación e incorporación a nuestra sociedad, de las tecnologías de la información y de la comunicación en desarrollo del comercio electrónico y la actividad contractual de nuestro país, hará que el progreso de actualización global de los medios electrónicos como herramientas para establecer el ambiente de seguridad y de certeza jurídica en la contratación electrónica en el ofrecimiento de productos, bienes y servicios. Creando instituciones electrónicas avanzadas, como la sociedad de la información en manejo de datos de identificación de los contratantes, y la creación de otros medios fiables a través de las aplicaciones para dispositivos inteligentes, que garanticen la certeza en la identificación veraz de las partes contratantes, siendo además, intermediarios en protección a los contratantes de buena fe y establecer las mejores condiciones en la igualdad de derechos y obligaciones para ambas partes.

La actualización por conferencias, diplomados y programas relacionados a la

informática, las tecnologías de la información y de comunicación, el comercio electrónico como temas fundamentales, en desarrollo de la actividad notarial ante la nueva era tecnológica, enfrentando los conflictos de esta nueva era, siendo capaz el profesional del derecho de solucionar los desafíos de la era digital dentro del ámbito jurídico, siendo eficaz y eficiente en la prestación del servicio profesional solicitado, haciendo mención a esto relacionado al cuarto capítulo en donde se establecerá el alcance de la tecnología hacia el servicio público.





CAPÍTULO IV

4. La necesidad que los funcionarios utilicen las nuevas herramientas electrónicas e informáticas

En la actualización del conocimiento y manejo de medios electrónicos dentro de las instituciones públicas, existen argumentos fundamentales y necesarios para alcanzar el objetivo de eficacia en la actuación administrativa o judicial, tales como:

- La necesidad en el mantenimiento constante de la dotación y actualización de las herramientas electrónicas en general y de las informáticas en particular, desde la instalación del sistema de cableado de intranet e internet, hasta la implementación de aplicaciones de soporte técnico interno o aplicaciones externas para dispositivos electrónicos, en función de entidad intermediaria en las relaciones jurídicas, un ejemplo de una aplicación digital es la nueva herramienta electrónica implementada por el Ministerio Público llamado botón de pánico, que ayuda a enviar denuncias contra las mujeres, recopilando datos de la víctima, adjuntando fotografías o audios que documenten la denuncia.

- Los funcionarios estarán obligados a formarse y capacitarse adecuadamente para poder manejar estos medios tecnológicos, no solo con saber manejar las aplicaciones es que se podrá cumplir con esta función a través de los medios electrónicos, sino que deberá realizarse una capacitación formativa, en el manejo de las nuevas herramientas



electrónicas y a esforzarse para que sean utilizados de una mejor manera. No sirve realizar una buena dotación de medios y herramientas electrónicas, si el trabajador no los emplea de forma conveniente.

➤ El buen manejo de las nuevas herramientas electrónicas e informáticas demostrará el eficiente sistema del manejo de los datos identificación personal, en apoyo a las instituciones que requieran información de determinado sujeto, por ejemplo la comisión de un delito como el de asesinato, se identificará al autor (si en dado caso se obtuvieren registro de huellas dactilares), a través del sistema computarizado de datos de identificación de huellas digitales dactilares, por el que podrá corroborar su identidad.

El avance progresivo de los medios tecnológicos de información y de comunicación llegan a tener una gran trascendencia dentro de los actos jurídicos cotidianos, originado por la agilización de los trámites administrativos de una institución a otra, compartiendo los datos personales o de carácter administrativo sobre un asunto cualquiera, en ocasiones el tiempo es un factor predominante en la actividad de las personas, haciendo que estas se abstenga de realizar cualquier acto jurídico o administrativo por la falta de tiempo derivado de las largas filas en los diferentes registros o por el retardo del envío de la información, atrasando en si la agilización de los diferentes trámites a realizar. No nos compete a nosotros el justificar la falta de tiempo, sino el poder implementar la eficacia de los objetivos de las instituciones administrativas, al actualizar su sistema en pro de desarrollo de la prestación del servicio público a su cargo,



agilizando y depurando la sobrecarga de trabajo que existe actualmente, manteniendo no solo personalmente sino en línea la prestación del servicio público a su cargo, en excepción de aquellos actos que se requiera la comparecencia de las personas.

La administración pública, necesitan proveerse de recursos materiales, que siendo en el ejercicio de su potestad de organización, deben incorporar las nuevas tecnologías a la prestación del servicio con el fin de optimizar eficazmente los recursos humanos teniendo en cuenta la función o el servicio público a desempeñar.

En las décadas pasadas los recursos materiales que permitían documentar la actividad administrativa consistían en máquinas de escribir y fotocopiadoras pero en la actualidad se ha generalizado el uso de los ordenadores, precisando que el avance de las tecnologías y su incorporación a los recursos materiales permite a la administración estatal el poder cumplir eficazmente sus objetivos, cuando el conocimiento efectivo y la debida utilización de estos medios electrónicos e informáticos coadyuvará al mejor funcionamiento en la prestación del servicio público requerido.

Es aconsejable que se dote a los funcionarios públicos de estos instrumentos, ofreciendo a un mismo tiempo la calidad del servicio público ofrecido, el uso de otros medios complementarios o de soporte, como mecanismos de actualización de las funciones públicas en una era digital eminente, por ello hemos de llegar a la conclusión de que los funcionarios tienen también que esforzarse en adquirir la habilidad necesaria en la utilización o manejo de los ordenadores y otros medios



ofimáticos de que pueda disponer o que se inventen en el futuro, participando en los cursos de formación y perfeccionamiento que les ofrece la administración dentro de su jornada laboral.

4.1. La administración pública y el servicio público electrónico

La actualización de las herramientas y del equipo tecnológico dentro de la administración pública genera una mejor eficacia y eficiencia en la prestación del servicio público, trasladando la información de una institución a otra en cuestión de minutos sin que la presencia física de las personas se requiera para determinado trámite.

La implementación de una red integrada entre las instituciones gubernamentales beneficiará a la colaboración de la tramitación de la diversidad de asuntos administrativos que dentro de cada institución se lleve a cabo, la organización del sistema de cómputo a partir de la creación de aplicaciones electrónicas desarrolladas e integradas por la actualización de las nuevas herramientas electrónicas en coordinación con las tecnologías de información y de comunicación coadyuvará en dar seguridad a la tramitación electrónica de documentos electrónicos enviados de un ordenador a otro.

En la actualidad observamos que algunas instituciones han implementado mecanismos tecnológicos dando una mayor eficiencia a la prestación de un servicio público determinado, tal es el caso de nuestro Ministerio Público, que ha implementado la



aplicación electrónica para dispositivos inteligentes, el llamado botón de pánico respecto a esta nueva aplicación como hemos mencionado en el punto anterior, permite tanto a la institución como a la persona que hace uso de este medio electrónico, el poder proporcionar los datos a cerca de una hecho delictivo en contra de una mujer, enviando la denuncia respectiva, adjuntando fotografías o audios que documenten la denuncia.

Así mismo podemos mencionar que la actualización de las herramientas electrónicas e informáticas en los diferentes registros ayudará a tramitación de los documentos que ante sus despachos se deben de presentar, pudiendo los mismos tramitarse electrónicamente, por ejemplo la creación, modificación o extinción de una sociedad mercantil o civil vía electrónica, en la implementación de una red electrónica del ordenador de las instituciones al ordenador de un notario, agilizando la tramitación del mismo y creando una base de datos electrónico de la persona jurídica legalizada, manteniendo un mayor control de las actividades de las mismas.

Dentro de las características de un funcionamiento eficiente en la implementación de las tecnologías de información y comunicación dentro de las instituciones estatales son:

- El mejoramiento de procesos internos.
- Seguridad de la información.
- Capacitación al interior de la organización.
- Seminarios regionales.



➤ proyecto del sistema de documentos electrónicos.

4.2. El cibernotario

Los notarios como que profesionales del derecho, cumplen la función de dar certeza jurídica a los contratos y actos jurídicos que realizan los particulares entre sí, y en ocasiones los particulares con el Estado (entidades descentralizadas, centralizadas, autónomas y semiautónomas), mediante la fe pública que les otorga el Estado, dando a los instrumentos notariales el valor probatorio dentro de los procedimientos procesales por ser estos documentos públicos. El avance en la evolución y la actualización tecnológica a nivel mundial, el derecho debe ir de la mano con el progreso tecnológico, ya que este progreso abarca los actos jurídicos que realizan los notarios, originado por el incremento del comercio electrónico globalizado que acapara todos los medios electrónicos en el ofrecimiento de productos, objetos y bienes tanto muebles como inmuebles, siendo de trascendencia el regular todo acto jurídico que tenga como deber el cumplimiento de obligaciones entre los sujetos.

Después de la elaboración de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de las Naciones Unidas, la Unión Internacional del Notariado Latino (UINL) conjuntamente con la American Bar Association (Colegio de Abogados de los Estados Unidos), se iniciaron una serie de estudios que culminaron en la creación de una figura llamada cibernotario, dicha figura se ha constituido en objeto de disputas por el protagonismo en la certificación digital.



El cibernotario anglosajón, no es un oficial público como lo es el notario latino, sino un representante semipúblico, al que las autoridades le otorgan funciones claves en el comercio electrónico, las cuales son tres:

- Una función de tipo jurídico que es la propia del notario latino, asegurando los documentos y actos en los que interviene dando fe pública, al verificar que se cumplan con los requisitos legales necesarios para ser plenamente reconocidos en los países donde estos surtirán los efectos legales.

- Una función de tipo electrónica, que es la más importante ya que por ésta el cibernotario tendrá que tener un nivel de especialización alto en cuanto a conocimientos informáticos, debiendo actuar como autoridad de registro. Esta actuación va a comprender no sólo el verificar la legalidad y capacidad del solicitante, sino que puede ser requerido para investigar sus datos económicos o penales

- Una función de confianza, en esta función se le encomienda la llamada notarización en la que determina fehacientemente la fecha y hora de su intervención, certificando la identidad del emisor de un mensaje comprobado con su firma digital, además de la incorporación más funciones que se consideren adecuadas en el futuro, a partir del mayor estudio de este funcionario como verificador de las actuaciones dentro del ciberespacio.

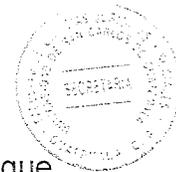
La función central de la actividad notarial, ante el incremento del comercio electrónico



ha de replantearse muchos de los principios e instituciones que le rigen para seguir siendo de utilidad la presencia del notario en el ciberespacio puede ser que en unas décadas, la tecnología no sobrepase y requiera de nuestros conocimientos jurídicos en la incorporación a los actos jurídicos originados dentro del ciberespacio, en protección de los sujetos que actúan de buena fe, además de seguir agregando funciones como herramienta eficaz en el complejo mecanismo que implica la elaboración del documento electrónico para garantizar la confidencialidad de las comunicaciones, la identidad y capacidad de las partes contratantes, la integridad y autenticidad de los mensajes en todo el proceso de intercambio electrónico de información en actos y negocios jurídicos de naturaleza civil o mercantil.

A escala internacional, México es un ejemplo a partir del Decreto de 29 de mayo del 2000: Reformas en materia de comercio electrónico al Código Civil Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles, al Código de Comercio y a la Ley Federal de Protección al Consumidor, no sólo se discute doctrinalmente el papel del fedatario público en los actos y negocios jurídicos por medios electrónicos, sino que ya se están instrumentando jurídicamente disposiciones que atañen a instituciones tan importantes como el protocolo notarial.

Otro ejemplo al respecto, y que atañe igualmente a los instrumentos públicos, lo constituye la Ley Modelo sobre Garantías Mobiliarias creada en el marco de la sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado celebrada en Washington bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos



(OEA), en dicha normativa es de suma importancia para la actividad notarial, ya que en su artículo 7 establece los requisitos mínimos que deberá tener la escritura pública de constitución de la garantía mobiliaria y a tal efecto dispone: "La escritura podrá hacerse a través de cualquier medio fehaciente que deje constancia del consentimiento de las partes en la constitución de la garantía, incluyendo el télex, telefax, intercambio electrónico de datos, correo electrónico y medios ópticos o similares, de conformidad con las normas aplicables en esta materia."

Como observamos el avance tecnológico ha generado la actualización de las legislaciones de varios países, implementando nuevas instituciones en beneficio de revestir los documentos electrónicos de seguridad y certeza jurídica, en verificación de los términos y condiciones, así como de la identidad de los sujetos dentro del mismo documento, el poder actualizar nuestra normativa en regular el comercio electrónico y los contratos electrónicos de cualquier índole, ayudará a que los documentos electrónicos recobre la seguridad jurídica necesaria en protección de una mayor eficacia y protección a los sujetos que actúan de buena fe dentro de la contratación electrónica.

Las funciones del notario electrónico desde el punto de vista jurídico y técnico requiere de un alto grado de especialización en seguridad dentro de las tecnologías de la información y la comunicación, así como el conocimiento de las herramientas informáticas y electrónicas que surgen cada día, sin embargo con el avance de la



tecnología y de la incorporación de aparatos inteligentes, actualmente se crean aplicaciones que coadyuvarán al mejor resguardo de los documentos electrónicos.

Al crearse documentos electrónicos será la firma electrónica o digital la que corresponderá autenticar al cibernotario, certificando y autenticando la identidad del originador de un mensaje electrónico. El conocimiento del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública encriptada asimétricamente, comprenderá la verificación de los datos de una persona a efectos de registrar una clave privada en obtención de un certificado digital veraz, estableciendo parámetros de calidad en procedimiento de obtención del mismo certificado, de acuerdo al grado de certificación que se desee obtener en correspondencia con los actos y negocios en que utilizará el usuario su firma digital.

Se establece la participación del notario para ser requerido en la verificación no solo de la identidad del usuario, sino para realizar una investigación exhaustiva que incluya su historia crediticia y criminal, así como la autenticación y verificación acerca de los términos y ejecución del documento, debiendo estos estar de acuerdo con la ley y surtir todos los efectos jurídicos que les son atribuidos. De esta manera la intervención que al notario electrónico cabe en la documentación informática se extenderá no sólo a la legalización de firmas digitalizadas, sino también a la solemnización electrónica tanto del certificado que contiene identidad, capacidad y otros requisitos establecidos por la ley, como la autenticación del contenido del documento en sí.

Ha de determinar la capacidad de una persona para realizar la transacción que se



trate, pero también ha de verificar y autenticar que la transacción misma cumpla todos los requisitos legales y formales para surtir plenos efectos en cualquier jurisdicción. El cibernotario, como depositario de los actos ante él celebrados, procederá a guardar la documentación y especialmente el certificado emitido, en sus registros o el protocolo a su cargo (físico y electrónico). Realizará así mismo la expedición de copias del protocolo a su cargo que en un contexto electrónico equivale a la reproducción de la información conservada digitalmente.

El depósito notarial a instancia de parte de los dispositivos, para generar y verificar las claves privadas, interviniendo en el modelo de confianza para proteger y conservar en un lugar seguro la clave privada del titular de la firma digital. Cumpliendo de esta manera, con todos aquellos requisitos que, como autoridad certificadora le es exigible desde el punto de vista de las diferentes legislaciones estatales y que como notario le cabe desempeñar en los sistemas legales de derecho escrito, con lo cual podrá actuar indistintamente respecto de uno u otro sistema, tanto en materia de legalizaciones como de autenticaciones.

Se ha mencionado a lo largo de este estudio a cerca de la aplicación de los principios de seguridad y certeza jurídica, el notario instituye una figura que puede dar respuesta a los desafíos que la tecnología impone al derecho, que supone la verificación en la celebración de contratos entre ausentes, físicamente hablando, perfeccionando los mismos por medio de un sistema electrónico fiable al certificar o legalizar o autenticar la voluntad de los sujetos dentro del documento electrónico. El cibernotario siendo una



cibernotario siendo una solución anglosajona dentro de la contratación electrónica, combina tanto la experiencia legal como técnica en una sola especialización y cuyos miembros ejercerán funciones distintas pero complementarias, como parte del notariado latino nos compete reorganizar las funciones del notario ante una era tecnológica que crece a pasos gigantes, dando un giro a las características del mismo no solo para dar un servicio más eficiente sino para ser verificador, legitimador y receptor de la voluntad de las partes, ayudando a dar mayor eficacia y otorgar mayor perfeccionamiento al documento electrónico.

4.3. Los registros electrónicos de la administración pública

La administración pública en actualización de los mecanismos informáticos que hagan más eficaz la prestación del servicio público, al implementar nuevos procedimientos de tramitación desde el ciberespacio, como en la actualidad lo ha establecido la Superintendencia de Administración Tributaria –SAT– en cuanto a los diferentes trámites de recaudación tributaria, desde el pago del impuesto de circulación hasta el impuesto sobre la renta, también el establecer una conexión en línea en la prestación del servicio público a las personas que soliciten información acerca de datos personales que están a cargo de la institución, así como el poder pedir el procedimiento de tramitación de cualquier actividad o registro tributario.

En Guatemala la actualización de las funciones de cada registro dentro del ciberespacio podrá coadyuvar al control de todos los actos jurídicos realizados dentro



del territorio nacional, al crear cada registro una base de datos electrónica, que haga más eficiente la documentación y la conservación de los registros llevados a su cargo. Un ejemplo de los registros electrónicos que hacen eficiente su función es el Registro Electrónico de Poderes del Archivo General de Protocolos, adscrito al Organismo Judicial, llevando el control de los diferentes poderes o mandatos otorgados por las personas ante un notario. Por lo tanto, al implementar un registro electrónico a cargo del Registro General de la Propiedad o el Registro Mercantil a los que en conexión con ordenadores de los notarios, podrá realizar los diferentes registros de los instrumentos públicos o documentos electrónicos con carácter público otorguen los notarios, como el registro de la creación de una sociedad mercantil o la compraventa de bienes inmuebles, coadyuvará a la doble seguridad jurídica del documento electrónico otorgado.

4.4. Jurisdicción en Guatemala

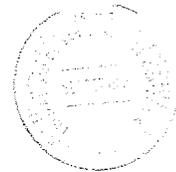
En Guatemala, así como en muchos otros países, se ve en la obligación de implementar la normativa procesal vigente en solución de conflictos derivados del incumplimiento de las condiciones o términos expuestos en las cláusulas del documento electrónico o el declarar la nulidad del contrato electrónico por falta de requisitos especiales. El creciente crecimiento del comercio electrónico a nivel mundial el derecho internacional debe evitar el caos y la anarquía, regulando las actividades de internet, inspirando a las legislaciones de los estados a implementar el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación limitándose a estudiar cada



caso para determinar si se permite o no, la aplicación a las normas nacionales. Si las partes de una compraventa o un contrato electrónico se encuentran en el territorio nacional, la ley aplicable será la guatemalteca, sin importar que los actos de oferta y aceptación se presenten en internet, ya que la localización de las partes y de los bienes de la transacción, determinará los tribunales que tendrán jurisdicción para resolver el caso y aplicar leyes competentes para el mismo.

En aplicación de la jurisdicción a los actos realizados por las partes nos regiremos por la Ley del Organismo Judicial (Decreto 2-89 del Congreso de la República de Guatemala) que en el Artículo 24 establece: el estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia, se rigen por las leyes de su domicilio; en el Artículo 25 se preceptúa: la calificación de la naturaleza de la institución o relación jurídica se efectuará de acuerdo a la ley del lugar en que se juzgue; el Artículo 27 que en su epígrafe se lee situación de los bienes (Lex rei sitae) preceptuando lo siguiente; los bienes se rigen de acuerdo a la ley del lugar de su ubicación; el Artículo 30 establece el lugar de cumplimiento de los actos (Lex loci executionis); si el acto o negocio jurídico, debe cumplirse en un lugar distinto a aquel en que se celebró, todo cuanto concierne a su cumplimiento, se rige de acuerdo a la ley del lugar de ejecución.

Así mismo en esta misma ley antes citada, en el Artículo 33 que preceptúa a cerca de lo procesal, la competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales con respecto a personas extranjeras sin domicilio en el país, el proceso y las medidas cautelares, se rigen de acuerdo a la ley del lugar en que se ejercite la acción; en el Artículo 34 que



preceptúa lo siguiente: los tribunales guatemaltecos son competentes para emplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentren fuera del país, en los siguientes casos: a) Cuando se ejercite una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en Guatemala; b) Cuando se ejercite alguna acción concerniente a bienes que están ubicados en Guatemala; c) Cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala.

No solo esta normativa es de observancia para los contratos electrónicos, sino también todo lo relativo al Código de Derecho Internacional Privado, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, así como la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), sin olvidar la actualización de los preceptos jurídicos contenidos dentro de la legislación civil y mercantil, en referencia a la formalidad de los contratos.

La Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) que en el Artículo 29 preceptúa que: para los fines de la presente ley, se presumirá que la sede o el lugar del establecimiento comercial de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que la otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene sede o establecimiento comercial alguno en ese lugar. Si una parte no ha indicado la sede o el lugar del establecimiento comercial, se considerará como tal para los efectos de la presente ley, el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida



cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la celebración del contrato o al concluirse este. Si una persona física no tiene establecimiento comercial, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual. Un lugar no constituye un establecimiento comercial por el solo hecho de que sea el lugar.

A) Donde estén ubicados el equipo o la tecnología que sirven de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o, B) Donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información. El hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento comercial se encuentre en dicho país y por último; en el Artículo 30 se establece los requisitos de información regulando lo siguiente: nada de lo dispuesto en la presente ley afectara a la aplicación de norma jurídica alguna en virtud de la cual las partes deben revelar su identidad, la ubicación de su establecimiento u otros datos, ni eximirá de consecuencias jurídicas a una parte que haya hecho a este respecto declaraciones inexactas, incompletas o falsas.

No hay que olvidar que a pesar de la indicación que nos realizan los anteriores preceptos jurídicos, sobre la jurisdicción y la ley aplicable a los contratos electrónicos, también es de observar a cerca del pacto de sumisión que podrá tener inmerso dentro de su contexto el documento electrónico, confirmándose por las partes los tribunales a los cuales someterán la resolución de su conflicto.



4.5. Valoración de la prueba electrónica por el juez

En el ordenamiento jurídico español en el Artículo 384.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que la valoración de la prueba electrónica se concreta en la sana crítica, esto quiere decir que se basa en la valoración libre por el juez. A pesar de ello, la mayoría de la doctrina considera incoherente tal previsión, porque no tiene ningún sentido que el soporte informático sea considerado de peor condición que el documento en soporte papel tradicional, al cual se le aplican las reglas de prueba legal.

Es razonable que si un soporte informático sustituye a un documento tradicional, el reconocimiento del mismo por la parte a quien perjudique, debe constituir un supuesto de prueba tasada, pues si no sería posible penalizar con la prueba libre la utilización de los avances informáticos, y premiar con la prueba legal el mantenimiento de las formas tradicionales.

De esta forma, la doctrina plantea si analógicamente cabría aplicar las reglas de valoración legal propias de la prueba mediante documentos. De ser así, se constata que el legislador español, al valorar distintamente el registro electrónico, va en contra a los requisitos estipulados al respecto en la Unión Europea, como lo establecido en la Directiva 2000/31/CE20, y en las leyes nacionales, como lo previsto en la Ley 59/2003 sobre la firma electrónica.

En ordenamiento jurídico de Guatemala, la Ley para el Reconocimiento de



Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala) establece en el Artículo 5 el reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas en donde se estipula que no se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato estén en forma de comunicación electrónica; el Artículo 9 preceptúa que cuando cualquier norma jurídica requiera que una comunicación o un contrato se proporcione o conserve en su formato original, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, ese requisito se tendrá por cumplido respecto de una comunicación electrónica: a) Si existe alguna garantía fiable de la integridad de la información que contiene, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, tanto en comunicación electrónica como de otra índole; y, b) Sí, en los casos en que se exija proporcionar la información que contiene, ésta puede exhibirse a la persona a la que se ha de proporcionar; en el Artículo 10 se preceptúa a cerca de la Integridad de una comunicación electrónica siendo su texto el siguiente: Para efectos del artículo 9 anterior, se considerará que la información consignada en una comunicación electrónica es íntegra, si atiende a los criterios siguientes: a) Ésta se ha mantenido completa y sin alteraciones que no sean la adición de algún endoso o algún cambio sobrevenido en el curso normal de su transmisión, archivo o presentación; y, b) El grado de fiabilidad requerido se determinará teniendo en cuenta la finalidad para la que se generó la información, así como todas las circunstancias del caso.

Los preceptos jurídicos anteriormente citados, facilitan una noción del reconocimiento



jurídico de las comunicaciones electrónicas, sin que ninguna de las partes nieguen, el juez o cualquier otra institución estatal nieguen la validez o la fuerza obligatoria y probatoria del contrato solo por el hecho del que el mismo conste en un medio electrónico, además de conservar la integridad de la información de dicho contrato para que esta se exhibida con el contenido original, estableciendo así las causas primitivas que originaron la formación del documento electrónico, este contenido debe estar íntegramente conservado y sin alteración alguna de las condiciones o términos del pacto consignado dentro del texto del contrato electrónico, a menos que las partes hayan estipulado modificación alguna del documento electrónico por las circunstancias posteriores que hagan efectiva la obligación adquirida por los sujetos.

Los sistemas de valoración de la prueba dentro de nuestro sistema procesal civil y mercantil, establecen dos sistemas por los que el juez podrá fundamentar su sentencia de acuerdo al análisis de las leyes, doctrina y jurisprudencia relacionado al tema del derecho informático y electrónico, que tienen una escasa regulación dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, siendo de tal importancia el determinar el sistema de valoración a utilizar dentro de un conflicto suscitado del incumplimiento o de la declaración de nulidad del contrato electrónico.

En caso de un eventual conflicto suscitado por el incumplimiento de la obligación pactada, el juez tendría como sistema de valoración de la prueba la "sana critica", método utilizado de acuerdo a la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, teniendo en cuenta que el documento



electrónico puede ser considerado como prueba lícita y posible, fundamentando el juzgador su sentencia de acuerdo a su análisis doctrinal, jurisprudencial y legislativo, teniendo en cuenta que la valoración del documento electrónico como prueba, es de nueva inserción dentro del ámbito jurisdiccional, obteniendo como base la valoración del documento electrónico, lo establecido en los Artículos de la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008 del Congreso de la República de Guatemala), que estipula la admisibilidad y la fuerza probatoria del documento electrónico, dejando claro que ninguna institución del Estado negará la eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria de un documento electrónico, así en el Artículo 11 se preceptúa la admisibilidad y fuerza probatoria de las comunicaciones electrónicas, estableciendo que: “Las comunicaciones electrónicas serán admisibles como medios de prueba. No se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria en toda actuación administrativa, judicial o privada a todo tipo de información en forma de comunicación electrónica, por el sólo hecho que se trate de una comunicación electrónica, ni en razón de no haber sido presentado en su forma original”; en el Artículo 12 preceptúa el criterio para valorar probatoriamente una comunicación electrónica estableciendo lo siguiente: “Toda información presentada en forma de comunicación electrónica, gozará de la debida fuerza probatoria de conformidad con los criterios reconocidos por la legislación para la apreciación de la prueba. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje; la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información; la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor

pertinente”.

Como se indicó anteriormente, el sistema de valoración de la prueba a utilizar actualmente en Guatemala, sería la sana crítica, pero al actualizar el ordenamiento jurídico guatemalteco en materia contractual, el sistema a utilizar será el de prueba legal o tasada, argumentado que al ampliar el campo de la función notarial, en dar mayor legitimidad al documento electrónico por parte del notario a lo establecido dentro del documento electrónico, así como de las firmas electrónicas, teniendo como fundamento a lo anterior, lo establecido dentro del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, en los siguientes preceptos jurídicos; el Artículo 127 (apreciación de la prueba) regula: “Los jueces podrán rechazar de plano aquellos medios de prueba prohibidos por la ley, los notoriamente dilatorios o los propuestos con el objeto de entorpecer la marcha regular del proceso. Las resoluciones que se dicten en este sentido son inapelables; pero la no admisión de un medio de prueba en oportunidad de su proposición, no obsta a que, si fuere protestada por el interesado, sea recibida por el tribunal que conozca en segunda instancia, si fuere procedente. Los incidentes sobre la prueba no suspenden el término probatorio, sino con respecto de la diligencia que motiva la discusión. Los tribunales, salvo texto de ley en contrario, apreciarán el mérito de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica desecharán en el momento de dictar sentencia, las pruebas que no se ajusten a los puntos de hecho expuestos en la demanda y su contestación.

En el Artículo 186, del citado código se establece: “Los documentos autorizados por



nulidad o falsedad. Los demás documentos a que se refieren los Artículos 177 y 178, así como los documentos privados que estén debidamente firmados por las partes, se tienen por auténticos salvo prueba en contrario. La impugnación por el adversario debe hacerse dentro de los diez días siguientes a la notificación de la resolución que admita la prueba. Sin embargo, los documentos privados sólo surtirán efectos frente a terceros, desde la fecha en que hubieren sido reconocidos ante juez competente o legalizados por notario.”



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Es innegable que la contratación electrónica facilita el acuerdo de voluntades entre ausentes, por tratarse de distintos lugares y momentos en que las partes se encuentran, por lo que dicha contratación no tiene obstáculos en el tiempo o en el espacio en que se encuentran los sujetos, siendo la identidad incierta de los contratantes una problemática existente por desconocerse con quien se realiza la contratación electrónica, no existiendo una certeza jurídica en la comprobación de la veracidad de los datos personales otorgados dentro del documento electrónico o de la legalidad en la certificación digital de la página web dentro del ciberespacio.

La actualización del ordenamiento jurídico al incorporar nuevos mecanismos, como la utilización del documento de personal de identificación –DPI– (competente al Registro Nacional de las Personas), derivado de la anexión del chip electrónico que contiene este documento, garantizará la veracidad de la identidad de las personas dentro de la negociación jurídica electrónica.

La constante actualización del marco jurídico y doctrinal por las instituciones públicas y por el Colegio de Abogados y Notarios para reforzar e incorporar las herramientas electrónicas e informáticas a todo el campo jurídico, en facilitación de las actividades funcionales de cada institución. La incorporación dentro del pensum de estudios, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de los diferentes centros universitarios, las asignaturas de derecho Informático, informática jurídica, derecho electrónico, y el estudio del desarrollo del derecho dentro de la nueva era digital.



BIBLIOGRAFÍA

- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- BURCH, Sally. **Sociedad de la información**, <http://vecam.org/archives/article518.html>. (Consultado: 23 de marzo de 2016)
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Ed. Heliasta, 1997.
- CASTAÑEDA AYALA, María Juliana y Mónica Morales Quiroga. **Tesis de grado seguridad en las transacciones electrónicas**. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia: (s.e), 2004.
- Et. Al. **La enciclopedia**. Madrid, España: Ed. Salvat Editores S.A, 2004.
- GARCÍA SANTIAGO, Héctor José. **Tesis de grado seguridad en el comercio electrónico**. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia: (s.e), 2004.
- GOMES SOARES, Fernanda Sabah. **La prueba en la contratación electrónica de consumo**. Revista internacional de estudios sobre derecho procesal y arbitraje, 2009.
- GUIDO, Luciana Mónica. **Tecnologías de información y comunicación**. Universidad Nacional de Quilmes. Buenos Aires, Argentina: Emecé Editores, 2005
- <http://definicion.de/oferta/#ixzz41yztlnfD> (Consultado: 4 de marzo de 2015).
- <http://www.gerencie.com/que-se-entiende-por-oferta-o-propuesta-en-derecho-comercial.html> (Consultado: 15 de marzo de 2015).
- IBARGUREN, Silvia Marcela. **Cuadernos de la Facultad de Ingeniería e Informática**. Universidad Católica de Salta, Argentina: (s.e), 2006.
- JAUME BENNASAR, Andrés. **La validez y eficacia del documento electrónico en sede procesal**. Palma de Mallorca, España: (s.e), 2009.
- LÓPEZ MORÁN, Mario Rolando. **Tesis análisis jurídico sobre la contratación electrónica y sus alternativas para su aplicación en Guatemala**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala: (s.e), 2009.
- LÓPEZ VARAS, Mariana. **Regulación jurídica de la contratación electrónica en el Código Civil Federal**. México: Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México y Municipios, 2010.

RICO CARRILLO, Mariliana. **Validez y regulación legal del documento y la contratación electrónica**. <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/validez-regulacion-legal-documento-107477>. (Consultado: 1 de abril de 2015).

RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ DE VILLATORO, Hilda Violeta. **Lecturas seleccionadas y casos de derecho civil**. Guatemala: Ed. Estudiantil Fenix, 1998.

RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo Bercovitz. **Manual de derecho civil (contratos)**, Editorial S.A. Bercal, 2003.

VASQUEZ ORTÍZ, Carlos. **Derecho civil sustantivo de los contratos**. Guatemala: (s.e), (s.f)

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, Guatemala, 1986.

Código de Comercio de Guatemala. Congreso de la República de Guatemala, Decreto 2-70, Guatemala, 1970.

Código de Notariado. Congreso de la República de Guatemala, Decreto número 314, Guatemala, 1947.

Código Civil de Guatemala. Decreto Ley 106, 1963. Jefe de Gobierno de La República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdía.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, 1963 Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, Enrique Peralta Azurdía.

Ley del Organismo Judicial. Congreso de la República de Guatemala, Decreto numero 2-89, Guatemala, 1989.

Ley de Acceso a la Información Pública. Congreso de la República de Guatemala Decreto Número 57-2008, Guatemala, 2008.

Ley para el Reconocimiento de Telecomunicaciones y Firmas Electrónicas. Congreso de la República, Decreto 47-2008, Guatemala, 2008.

Reglamento de la Ley para el Reconocimiento de Comunicaciones y Firmas Electrónicas. Presidente de la República de Guatemala, Acuerdo Gubernativo Número135-2009, Guatemala, 2009.

Registro Electrónico de Poderes del Archivo General de Protocolos. Corte Suprema de Justicia de Guatemala, Acuerdo No. 38-2004, Guatemala, 2004.

Constitución Española. Cortes Generales, España, 1978

Real Decreto-Ley de Firmas Electrónicas 14/99. Jefatura de Estado Juan Carlos I Rey de España

Ley 59/2003 sobre la firma electrónica. Jefatura del Estado, Juan Carlos I, Rey de España.

Código Federal de Procedimientos Civiles. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1943

Ley Federal de Protección al Consumidor. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, México, 1992

Ley 527 de 1999. Congreso de la República de Colombia, 1999.

Ley Modelo sobre Comercio electrónico. Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 1996

Directiva 99/93 sobre firma electrónica. Parlamento Europeo y del Consejo, 1999