

COMENTARIOS A LA RECIENTE LEY DE CERTIFICADOS, FIRMAS DIGITALES Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS COSTARRICENSE

Msc. Néstor Morera Víquez*

Como país en vías en desarrollo que es, Costa Rica ha apostado hacia una maximización de los beneficios que ofrece el comercio electrónico, para lograr una posición de vanguardia en la transferencia de la tecnología y de la información; con base en el amplio potencial que presenta el país en cuanto a recursos humanos calificados en las áreas informática y tecnológica, en general. Paulatinamente, pequeñas y medianas empresas han visto en la Internet y en el comercio electrónico, la posibilidad de un acceso sin precedentes a la información y a los mercados mundiales a un costo reducido, cada vez más rápido, extendido y eficiente.

A pesar de ser una vía una vía sumamente expedita y dinamizadora del tráfico mercantil, el comercio electrónico no está exento de una serie de riesgos e inseguridades propias de las nuevas tecnologías que con dicha finalidad se emplean. Surge entonces, la necesidad inminente de proporcionar confianza a los contratantes, y de concederles garantías sobre la identidad de las personas, la autenticidad y la integridad de los documentos o contratos que se celebran o pretenden celebrarse, valiéndose de los cada vez más utilizados medios electrónicos de comunicación.

De igual manera, así como en su momento, la informática logró reducir la grafía a unos escasos bits, sustituyéndose a la vez, el tradicional soporte de papel por el soporte electrónico o digital; el estado de la técnica ha avanzado hacia nuevas formas de plasmar el consentimiento e identificación de los sujetos intervinientes, en aras de también lograr sustituir la firma manuscrita por la denominada "*firma electrónica*".

Respondiendo a ambas necesidades inmediatas, y procurando mantener concordancia y armonía con los principales instrumentos de regulación internacional sobre el tema¹, la Asamblea Legislativa costarricense ha aprobado recientemente la "*Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos*"² N° 8454, con la decidida finalidad de generar un

¹ Dentro de los antecedentes que obran en el expediente legislativo No. 14.276, se incluyen los siguientes: Real Decreto Ley de Firma Electrónica 14/1999, la Directiva Europea 1999/93/CE de establecimiento de un marco comunitario para la firma electrónica, Ley Modelo de CNUDMI para las Firmas Electrónicas aprobado por el Grupo de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 8 al 29 de setiembre del 2000 y la Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996.

² Publicada en el Diario Oficial La Gaceta N° 197 el 13 de octubre del 2005 y sancionada 30 de agosto del 2005.

aumento en las posibilidades de ciertas actividades y contrataciones a través de la Internet; tales como el e-banking, la función notarial y certificadora, y algunas actividades y servicios estatales.

Con la finalidad de asimilar la firma manuscrita a la firma electrónica, se ha contemplado la existencia de una “*equivalencia funcional*”, en virtud de la cual las funciones que tradicionalmente ha desempeñado el soporte en papel tales como: proporcionar un documento legible, asegurar la inalterabilidad a lo largo del tiempo, permitir la reproducción, permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación del escrito ante las autoridades públicas; quedarían plenamente satisfechas en la documentación consignada por medios electrónicos. Antes bien, se ha señalado que la documentación consignada por estos medios, posee en la mayoría de los casos mucho mayor fiabilidad y rapidez, con especial atención al tema de una mejor determinación del origen y contenido de los datos, con tal de que observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos. Lo anterior, no implica que como consecuencia de este criterio de “*equivalencia funcional*” sea dable imponer normas de seguridad más estrictas a los usuarios del comercio electrónico que las aplicables a la documentación consignada en papel³.

En cuanto al origen señalado, el artículo décimo establece una “*presunción de autoría y responsabilidad*” conforme a la cual, “*todo documento, mensaje electrónico, o archivo digital asociado a una firma electrónica, se presumirá, salvo prueba en contrario, como de la autoría y responsabilidad del titular del correspondiente certificado digital vigente al momento de su emisión*”

A diferencia de buena parte de las legislaciones extranjeras que norman el tema, la Ley 8454 recoge de manera expresa en su artículo 2, el principio de “*Neutralidad Tecnológica*”; con el que se pretende dar cabida a diferentes mecanismos para la creación de firmas digitales, no limitados a una única o determinada tecnología. Se observa sin embargo, una abierta contradicción de tipo estrictamente conceptual, constatada en el mismo nombre con que se ha designado este cuerpo normativo. Existe una reconocida y zanjada diferencia entre el concepto de “*firma electrónica*” y el de “*firma digital*”, como dos conceptos que entre otras cosas se encuentran respectivamente en una relación de género-especie. Como en su debida oportunidad lo advirtiese el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, una firma electrónica “*es cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención de actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones*

³ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico CNUD/UNCITRAL den 1996. Apartado 16.

características de una firma manuscrita”⁴. Por su parte, firma digital “es una clase particular de firma electrónica que podría ofrecer una mayor seguridad ...son tecnológicamente específicas, pues se crean usando un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública ...Estos criptosistemas de clave pública (basados en el uso de un par de claves asociadas: una clave privada que se mantiene en secreto, y una clave pública, libremente accesible por cualquier persona..⁵.”

Ciertamente, el sistema de criptografía asimétrica o de clave pública, constituye hoy por hoy la tecnología esencial para llevar a cabo firmas electrónicas seguras, habida cuenta de la ausencia de estándares reconocidos respecto de otras posibilidades tecnológicas, como lo serían los mecanismos de identificación biométricos⁶. No obstante, fijado como uno de los principios inspiradores de la Ley, recogido de manera expresa en el artículo segundo citado, la Neutralidad Tecnológica se impone para dar margen amplio al advenimiento de nuevas tecnologías, y así dar eficacia jurídica a aquellas firmas que se ajusten a determinados requisitos legalmente establecidos, y al documento en sí como un documento válido hasta tanto no se demuestre lo contrario. Lo anterior en plena concordancia con el llamado principio de “*interpretación progresiva*”⁷ concebido para garantizar la mayor vigencia posible al texto legal en estudio, y a su vez complementado por el de “*Regulación legal mínima y desregulación de trámites*”, toda vez que se ha deseado un tipo de redacción minimalista, que al expresar lo menos posible, garantice dicha vigencia hacia futuro pretendida.

El artículo segundo también nos ilustra la posibilidad de un doble régimen de firmas electrónicas en Costa Rica: Uno oficial acreditado por una Autoridad de acreditación, bajo la supervisión y rectoría del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y un segundo sistema que permite la existencia de sistemas de firma digital basados en convenios expresos entre partes. El segundo no gozará de acreditación a nivel nacional, ni será susceptible de generar efectos jurídicos hacia terceros, excepto aquellos que sobrevengan de un incumplimiento contractual⁸.

⁴ MARTÍNEZ NADAL, Apolonia. Comercio Electrónico, Firma Digital y Autoridad de Certificación, Madrid 2ª Edición, Editorial Civitas, 2000, página 39. Citado por Informe Jurídico del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa. Expediente 14276, página 331.

⁵ Ibidem.

⁶ DE MIGEL ASENSIO, Pedro Alberto. Derecho Privado de Internet. Madrid, 3ª Edición, Editorial Civitas, 2002, página 392.

⁷ Expediente Legislativo N° 14.276 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Intervención del Msc. Cristian Hess Araya. Comisión de la Propiedad Intelectual., página 864.

⁸ Expediente Legislativo 14.276 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Informe Jurídico del Departamento de Servicios Técnicos, página 358.

El artículo octavo de la Ley 8454 distingue entre “*firma electrónica*”, sin adjetivos y firma “*firma electrónica certificada*”. La primera, es definida como “*cualquier conjunto de datos adjuntos o lógicamente asociado a un documento electrónico, que permita identificar en forma unívoca y vincular jurídicamente al autor con el documento electrónico*”. Firma electrónica certificada es aquella que es emitida al amparo de un certificado digital vigente, expedido por un certificador registrado. Al exigirse el deber de comprobación de la integridad del documento y el deber de que se identifique debidamente al autor, el artículo ocho brinda un concepto de firma electrónica basado en el artículo segundo de la Ley Modelo de Firma Electrónica, siguiendo además el modelo sugerido por dicho instrumento normativo en su artículo 7.1, para la determinación de cuales firmas electrónicas deben ser consideradas fiables.

Por su parte, el concepto de “*firma certificada*”, ha recibido fundamentadas críticas⁹ en tanto pareciera ser un mecanismo similar al ideado en el artículo 5 de la Directiva Europea No. 1999/99, pero al cual le faltan importantes elementos. Dentro los elementos faltantes, se citan particularmente la no inclusión de requisitos específicos en cuanto al contenido del certificado, así como que dicho certificado sea efectivamente suministrado por un proveedor de servicios de certificación que debe ajustarse a una serie de requisitos, tampoco establecidos en dicha Ley. En apariencia, varias de estas especificaciones omitidas quedarían relegadas a la regulación vía Reglamento por parte de la Dirección de Certificación de Firma Electrónica, prevista en el artículo 19, lo cual ha generado acusaciones sobre roces de inconstitucionalidad.

De igual forma, se ha señalado que los estándares internacionales fijados por los más representativos instrumentos normativos vigentes sobre el tema; debieron ser contemplados sin mayores alteraciones u omisiones, precisamente para facilitar las relaciones entre entes certificantes nacionales y los europeos, a través de la figura de la “*corresponsalía*” y de la homologación de “*certificados extranjeros*”, establecidas respectivamente en los artículos 20 y 13 del cuerpo normativo en estudio.

Los efectos jurídicos de la firma electrónica se encuentran expresamente establecidos, así: “*Los documentos electrónicos se calificarán en públicos o privados y se les reconocerá fuerza probatoria en las mismas condiciones que los documentos físicos*¹⁰” En similar sentido, el artículo 9 establece que “*los documentos y comunicaciones suscritos por medio de firma electrónica tendrán el mismo valor y eficacia probatoria de su equivalente firmado de*

⁹ Expediente legislativo No 14.276 de la Asamblea Legislativa de Costa Rica Informe de Identiga Karto S.A, página 946.

modo manuscrito. En cualquier norma jurídica que exija la presencia de una firma, se entenderá igualmente comprendida tanto la electrónica como la manuscrita. Los documentos públicos electrónicos deberán llevar firma electrónica certificada". Como se puede apreciar, aún y cuando sea una firma electrónica "simple", no se le puede negar valor ni efectos jurídicos al comparársele con la firma electrónica "certificada". No obstante, la redacción de ambas normas deja ambigua la diferencia que en cuanto a los efectos jurídicos, existe entre ambos tipos de firmas regulados.

En cuanto a los destinatarios, tanto los particulares como el Estado, y todas las entidades públicas; quedan expresamente facultados para utilizar firmas y documentos electrónicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, a menos que la naturaleza o requisitos particulares del acto o negocio concretos, resulten incompatibles. En este sentido y que sin que implique un elenco "*numerus clausus*", el artículo quinto recoge las siguientes excepciones en las cuales no es admisible la consignación mediante un documento electrónico: actos o negocios en los que la fijación resulte consustancial, por mandato legal; disposiciones por causa de muerte, actos y convenios relativos al derecho de familia; y actos personalísimos en general.

El Estado, instituciones y empresas públicas y privadas, personas físicas y jurídicas, se encuentran plenamente facultados para establecer los mecanismos de certificación y validación que convengan a sus intereses; así como también para fungir como entes certificadores debidamente autorizados y registrados ante la Dirección de Certificadores de Firma Electrónica. Propiamente en cuanto Estado y sus instituciones, se debe observar lo dispuesto en la Ley del Sistema Nacional de Archivos, N° 7202, en todo lo relativo a la transición o emigración a soporte electrónico de registros, archivos, o respaldos que por Ley deban ser conservados para su referencia futura.

Finalmente, le corresponde a una dependencia estatal; la Dirección de Certificadores de Firma Electrónica, adscrita al Ministerio de Ciencia y Tecnología, la administración y supervisión del sistema de certificación recién creado.