

DOI: <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i4.467>

Vulneración a la seguridad jurídica como derecho constitucional en actos notariales realizados vía telemática

Legal security violation as a constitutional right in notarial acts carried out electronically

Violação da segurança jurídica como direito constitucional em atos notariais realizados eletronicamente

María Primavera Bernal-Ordóñez ¹
maria.bernal.60@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-2297-6154>

Enrique Pozo-Cabrera ²
epozo@ucacue.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-4980-6403>

Correspondencia: maria.bernal.60@est.ucacue.edu.ec

* **Recepción:** 30/08/2021 * **Aceptación:** 22/09/2021 * **Publicación:** 18/10/2021

1. Abogada, estudiante de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.
2. Docente de la Maestría en Derecho Constitucional con Mención en Derecho Procesal Constitucional, Jefatura de Posgrados, Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Ecuador.

Resumen

El presente artículo analiza la vulneración de la seguridad jurídica como derecho constitucional en los actos notariales que se realizan de forma telemática con base a la innovación y avance tecnológico que se ha generado a la par de la pandemia mundial de la Covid-19. La investigación del presente trabajo fue de tipo no experimental, tomando en cuenta un enfoque netamente cualitativo por cuanto el sistema notarial telemático aún se encuentra en la teoría del sistema digital que nos presenta el avance tecnológico; pero no se ha concretado aún en una realidad material. El método de investigación aplicado es el método analítico, el cual se lo aplica cuando se pretende investigar, analizar, descubrir e ir construyendo los objetos de conocimiento, lo cual permite dividir la realidad en partes esenciales (Riofrío, 2015). El nivel de profundidad de la investigación es de corte exploratoria y descriptiva, por cuanto permite explorar del universo muestral de las realidades telemáticas en el sistema notarial y a su vez descriptiva porque nos permite detallar los resultados encontrados de forma clara y concreta con evidencia de la realidad.

Palabras clave: Seguridad jurídica; intermediación; actos notariales vía telemática; derecho constitucional.

Abstract

This article analyzes the violation of constitutional rights such as legal security and immediacy in notarial acts that are carried out electronically based on innovation and technological advance that has been generated along with the global pandemic of Covid-19. The investigation of the present work was of a non-experimental type, taking into account a clearly qualitative approach since the telematic notarial system is still in the theory of the digital system that technological advance presents to us; but it has not yet materialized in a material reality. The applied research method is the analytical method, which is applied when it is intended to investigate, analyze, discover and build the objects of knowledge, which allows dividing reality into essential parts essentials (Riofrío, 2015). The level of depth of the research is exploratory and descriptive, since it allows us to explore the sample universe of the telematic realities in the notarial system and at the same time descriptive because it allows us to detail the results found in a clear and concrete way with evidence of reality.

Keywords: Legal security; immediacy; notarial acts via telematics; constitutional law.

Resumo

Este artigo analisa a violação da segurança jurídica como direito constitucional em atos notariais que se realizam eletronicamente com base na inovação e no avanço tecnológico gerado junto com a pandemia global da Covid-19. A investigação do presente trabalho foi de tipo não experimental, tendo em conta uma abordagem claramente qualitativa, visto que o sistema notarial telemático está ainda na teoria do sistema digital que o avanço tecnológico nos apresenta; mas ainda não se materializou em uma realidade material. O método de pesquisa aplicado é o método analítico, que se aplica quando se pretende investigar, analisar, descobrir e construir os objetos de conhecimento, o que permite dividir a realidade em partes essenciais (Riofrío, 2015). O nível de profundidade da pesquisa é exploratório e descritivo, pois permite explorar o universo amostral das realidades telemáticas no sistema notarial e ao mesmo tempo descritivo porque nos permite detalhar os resultados encontrados de forma clara e concreta. com evidências da realidade.

Palavras-chave: Segurança jurídica; imediatismo; atos notariais via telemática; direito constitucional.

Introducción

El sistema telemático a nivel mundial ha revolucionado la forma de percibir los actos notariales y su manejo con los diversos sistemas notariales que tradicionalmente se han adaptado a la presencialidad de las partes para declarar su voluntad. Con base a la implementación de la tecnología surge la posibilidad de que ciertos actos notariales utilicen para su realización el sistema telemático que se vio como alternativa emergente con la pandemia de la Covid-19, con lo cual se podría vulnerar el derecho constitucional a la seguridad jurídica y menoscabar el cumplimiento estricto de ciertas solemnidades que establece la ley. Ante este escenario cabe cuestionarse ¿La falta de intermediación en determinados actos notariales realizados vía telemática vulnera el derecho a la seguridad jurídica establecida en la Constitución? Este cuestionamiento permitirá analizar por qué en determinados actos notariales realizados vía telemática se vulnera el derecho a la seguridad jurídica; a través de la fundamentación teórica y del derecho comparado, con el fin de encontrar mecanismos idóneos que garanticen que estos actos cumplan con los requisitos y formalidades

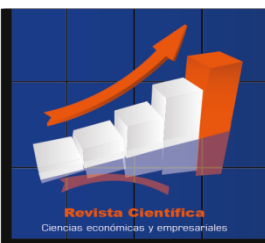
establecidos en la ley. El presente estudio se encuentra estructurado en tres acápites que abordan a completitud el tema propuesto, en el primer apartado se aborda a la seguridad jurídica en los actos notariales presenciales, posteriormente se realiza una revisión de los actos y contratos notariales realizados vía telemática, en un tercer punto se efectúa un análisis comparativo con legislaciones de otros países como España y Argentina en donde paulatinamente se está implementando este sistema sobre la realización de actos notariales telemáticos y finalmente se revisan los mecanismos que permiten que los actos notariales realizados vía telemática puedan garantizar y revestir de legalidad los actos notariales evitando la vulneración de la seguridad jurídica.

Desarrollo

La pandemia del Covid-19 ha generado grandes cambios en el mundo, los cuales han incidido en las distintas esferas, tanto sociales, políticas y económicas; así como en el ámbito notarial. El cambio que ha surgido en el área notarial se ha centrado esencialmente en la modernización para la prestación del servicio notarial vía telemática en el Ecuador, sin antes considerar que se tienen que buscar mecanismos adecuados para evitar vulnerar el derecho a la seguridad jurídica prescrito en la Constitución. La seguridad jurídica presenta cierto grado de inestabilidad debido a la falta de intermediación existente en los procesos notariales vía telemática, tomando en cuenta que este principio es fundamental para verificar de manera óptima por parte del notario la capacidad, el conocimiento con el que se obligan y la libertad con la proceden las partes, mismas que son solemnidades substanciales que se requiere para la celebración de un instrumento público.

En este contexto y ante lo precipitado de la regulación normativa nos vemos avocados a preguntarnos: ¿si con esta nueva forma de otorgar fe pública a los instrumentos públicos estos van a contar con este derecho primordial establecido en nuestra Constitución?, para ello es necesario hacer un análisis de este derecho.

La seguridad jurídica está íntimamente relacionada con la certidumbre del derecho, las personas tienen la necesidad de que sus negocios jurídicos que se encuentran plasmados en instrumentos públicos tengan esa certeza de validez, perduren a través del tiempo y hagan prueba plena frente a terceros. Ante esta necesidad el Estado se ha visto obligado a crear un sistema jurídico que objetivamente es la estructura de la seguridad jurídica y de esas normas jurídicas emanan la



obligatoriedad para los seres humanos de someterse a las mismas y consecuentemente sus propios actos y los de los demás revistan de certeza y validez jurídica.

El derecho a la seguridad jurídica está consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que dice: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (Constitución de la República del Ecaudor, 2008, pág. 82). Para el cumplimiento de este derecho consagrado en la carta fundamental, el Estado en la materia que nos ocupa ha delegado a los notarios a quienes se les ha investido de fe pública para que sean los garantes de la seguridad jurídica, su misión es dotar de certeza a las relaciones jurídicas que se establecen entre las partes para que no se imponga el criterio del más fuerte sino el de la Ley.

El derecho entonces es de obligatorio cumplimiento no se puede escapar de ello como lo manifiesta Recasens Siches (1981) “El derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable) norma garantizada por el poder social, por el Estado, a cuyo imperio no se podrá escapar” (pág. 220). Para el autor la seguridad jurídica, es la esencia del derecho, es fundamental que las personas gocen de seguridad jurídica, la cual es el fin primordial en un Estado de Derecho, que sus aspiraciones, sus deseos, sus ideales estén garantizados y protegidos al estar dotados de la máxima seguridad que puede brindar el Estado con la norma positiva que cuida el interés general teniendo como fin la realización del bien común en definitiva para que pueda existir paz social.

Como conclusión de esto podemos establecer que la seguridad jurídica se ha encontrado garantizada en el sistema notarial tradicional que permite interactuar directamente al notario con las partes y se perfecciona la voluntad de las partes libre de vicios evitando que esos instrumentos públicos perduren en el tiempo y puedan ser objeto de nulidades.

La Seguridad Jurídica en actos notariales presenciales

Al iniciar la redacción de una escritura pública o acta notarial siempre va a estar presente la frase célebre ANTE MI, y posterior a ello se procede a identificar a las partes que intervienen en ella con lo que a ese principio que tanto valor a tenido a lo largo del tiempo en nuestro sistema notarial latino y es de importancia trascendental llamado inmediación que es al que se pretende realizar y dar un papel preponderante en el presente trabajo. En cierta forma para dotar al instrumento público

de esa seguridad jurídica que es anhelo de todas las personas es necesario cumplir estrictamente con lo que dispone el artículo 27 de la ley Notarial que dice:

Art. 27.- Antes de redactar una escritura pública, debe examinar el notario:

1.- La capacidad de los otorgantes; 2.- La libertad con que proceden; 3.- El conocimiento con que se obligan; y, 4.- Si se han pagado los derechos fiscales y municipales a que está sujeto el acto o contrato. La omisión de este deber no surtirá otro efecto que la multa impuesta por la Ley al notario (Ley Notarial, 1966, pág. 27).

Si queremos estar apegados estrictamente a los requisitos establecidos en la norma citada en cualquier acto o contrato que requiere la presencia del notario público las partes tienen que estar físicamente presentes ante él y expresar sus manifestaciones de voluntad de manera libre y con capacidad plena para hacerlo, aquí se estaría evidenciando plenamente el papel importante que juega la inmediación respecto de otros principios como la veracidad, la autenticidad, la legalidad, la certeza y la seguridad. Sin esa presencia física surge la siguiente interrogante: ¿cómo el notario puede dar fe de la fecha del otorgamiento, del lugar del otorgamiento, de la capacidad y sobre todo que la libertad que esta no esté viciada, que su consentimiento esté libre de vicios? para ello es fundamental la cercanía a los hechos para que se garantice su exactitud con lo que el notario pueda ver, oír y percibir a través de sus sentidos.

Actos y contratos notariales realizados vía telemática

Ahora esa certeza que genera el dotar de seguridad jurídica a los instrumentos públicos realizados físicamente podría seguir brindando si se realiza utilizando medios electrónicos tal como lo dispone la Ley Notarial en su artículo 18.1 el cual dice:

Art. 18.1.- Para la realización de las diligencias y actuaciones notariales, la comparecencia de las partes podrá ser tanto de manera física o telemática. En el segundo caso, la petición deberá ser firmada electrónicamente y las y los comparecientes declararán cumplir los requisitos del artículo 27 de esta Ley.

En los casos de servicios notariales telemáticos se utilizará la plataforma electrónica del Consejo de la Judicatura, la que garantizará la seguridad del acto notarial y le permitirá a la o al notario ver, escuchar, interactuar con las o los comparecientes y constatar su capacidad, conocimiento y que su voluntad no esté viciada, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de esta Ley y las directrices emitidas por el Consejo de la Judicatura.



En caso de comparecencia telemática la suscripción de los documentos notariales se realizará con las respectivas firmas electrónicas de todas y todos los otorgantes y de la notaria o del notario.

En el protocolo digital de las diligencias y actuaciones notariales telemáticas se archivará la videoconferencia íntegra y completa, garantizando la seguridad de la actuación notarial de conformidad con la ley y las resoluciones del Consejo de la Judicatura (Ley Notarial, 1966, pág. 18.1).

La norma citada es la que viene a revolucionar y cambiar de óptica en nuestro país la forma de dar fe a los instrumentos públicos y, ante esto el notariado se debe realizar una serie de interrogantes en torno a esta obligatoriedad como el hecho de que ¿si contamos con los medios electrónicos lo suficientemente seguros para brindar el servicio telemático? ¿Qué posibilidad existe que las partes que intervienen en el contrato puedan ser suplantadas? y sobre sobre todo que va a pasar con el principio de inmediación que es uno de los principios más importantes del notariado latino que tiene sus raíces en el derecho romano muy formalista pero estrechamente vinculado a la seguridad jurídica.

Ahora ante el avance de la tecnología y más aún por la necesidad imperiosa a la que nos vemos avocados con la presencia de la pandemia se ha vuelto necesario recurrir a los medios tecnológicos para evitar la presencia física lo cual llevó a realizar una reforma a la ley notarial, si bien es cierto es necesario evitar la presencia física de las personas, pero esta debe darse con las garantías suficientes para que no pueda existir ni una remota posibilidad de vulnerar el derecho constitucional a la seguridad jurídica.

Si bien el artículo 18.2 de la ley Notarial señala de forma taxativa que actos o diligencias se deben realizar de manera presencial, siendo estos los testamentos abierto y cerrado, autorización de salida del país de menores, notificación de traspaso de créditos entre otros (Ley Notarial, 1966), teniendo en cuenta esto y que vamos a incursionar en un proceso nuevo en nuestro país se debería hacer un análisis para que en este artículo se incluya todos aquellos actos que no impliquen conflicto de intereses entre las partes.

La actuación notarial sin la presencia física podría iniciarse más bien con aquellos actos que la declaración de voluntad unilaterales como declaraciones juramentadas, poderes, revocatorias de

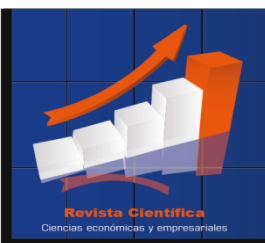
poder, cancelaciones de hipoteca, todo esto podría en principio realizarse, pero contando con la plataforma electrónica del Consejo de la Judicatura, la que garantizará la seguridad del acto notarial, como dice la norma. Al respecto el grupo de trabajo creado en el ámbito de la Unión Internacional del Notariado Latino para la aplicación de las nuevas tecnologías en una de sus conclusiones manifiesta intermediación de las partes ante el notario es un elemento esencial para la prestación del servicio notarial. En el tráfico negocial existen determinados actos, sobre todo aquellos que, por su naturaleza unilateral y su carácter asociativo, sin contraposición de intereses, admiten excepcionalmente que la intermediación no sea física o presencial sino a través de medios técnicos diversos (D' Alessio & Herrero de Pratesi, 2020).

En cierto modo ellos consideran al igual que se manifestó en líneas anteriores que al no existir contraposición de intereses se podrán realizar actos notariales usando los medios tecnológicos, en definitiva como que deja que el notario forme su propio criterio con respecto al acto o contrato que vaya a celebrar, cada notario se irá acomodando a las necesidades propias de la sociedad donde ejerza su función precautelando siempre esa seguridad jurídica indispensable para la validez jurídica de cada acto y contrato.

Existe gran preocupación en la utilización de plataformas que no ofrezcan seguridad para dar fe pública por medios técnicos inseguros y fácilmente vulnerables, los medios tecnológicos que utilice el notario como herramienta en el ejercicio funcional debe posibilitar al notario cumplir con sus deberes de garantizar la calificación de la capacidad, conocimiento y sobre todo que el consentimiento esté libre de vicios (Armella C. C., 2020). No solo la utilización de medios inseguros es el problema lo más grave es su inexistencia ya que en nuestro país existe una ley, pero no existe los medios económicos para su implementación lo que hace imposible su aplicación efectiva.

Si el Ministerio de Finanzas no asigna un presupuesto al Consejo de la Judicatura, para la implementación de plataformas electrónicas seguras para la prestación del servicio notarial electrónico, tal como lo establece la disposición transitoria Décimo Segunda de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, si no hay disponibilidad de recursos económicos para cumplir con esta norma simplemente aquella no es aplicable, una norma no puede venir sola debe tener los medios técnicos y presupuestarios para que sea viable su aplicación.

Sumado a todo lo dicho, la realidad social y económica en nuestro país es diferente, no todas las



personas tienen acceso al internet, la posibilidad de utilizar medios tecnológicos para realizar actos notariales estaría limitado a ciertos sectores de la sociedad desde el punto de vista de los usuarios, ahora hay que considerar también que existen notarias en cantones alejados que tampoco tiene acceso a un buen servicio de internet, todo esto produce una desigualdad social y porque no decirlo discriminación porque no todos los sectores tendrán las mismas condiciones para acceder o realizar actos notariales telemáticos.

Pero aún si estuviéramos en la mejor situación y el ente rector de la función notarial proporcione como dice la ley la implementación de la plataforma tecnológica, el principio de intermediación estaría restringido a una pantalla sin la posibilidad de que el notario pueda percibir si detrás de esta hay una persona que está siendo amenazada o actuando bajo presión y con ello no estaría garantizada la seguridad jurídica que debe tener todo instrumento público, como lo expresa Delpiazzo (2004) “parece obvio que la seguridad en el mundo (intrínsecamente intangible) no puede lograrse del mismo modo y a través de los mismos instrumentos que la seguridad proveniente del mundo pre informático (sustentado en lo tangible)” (pág. 247), lo que denota que la seguridad jurídica se encuentra en controversia con este cambio abrupto de la tecnología y de pasar del sistema tradicional al sistema telemático.

El sistema notarial telemático acarrea una serie de dificultades, las cuales impiden garantizar la seguridad jurídica. Partiendo desde la identificación de las partes vía telemática, en donde surge la posibilidad de una suplantación de identidad por cuanto se hace imposible la verificación directa de las partes, tomando en cuenta que en nuestro país está un tanto lejano la implementación de un sistema de verificación biométrica de identidad. Otro tema discutible es la firma electrónica por cuanto no se puede determinar que el titular de la firma sea quién realmente realice la acción de firmar el documento ya que podría darse el caso que una tercera persona tenga acceso al dispositivo electrónico con su debida contraseña y dolosamente lo utilice a nombre del titular. Incluso el mismo titular puede encontrarse inmerso en una incapacidad y sin su sano y entero juicio insertar su firma electrónica. Finalmente, en este orden de ideas puede generarse una doble situación de vulnerabilidad respecto a las personas de la tercera edad que en la mayoría de los casos no están actualizados con la tecnología.

Ahora cabe preguntar si los notarios están obligados a cumplir lo que dispone la norma pese a

que la misma fue dictada por la urgencia y necesidad de reemplazar la presencia física de las personas, pero sin tener una visión integral de la disposición legal por falta de los recursos económicos y tecnológicos para cumplirla. Es importante resaltar que nuestra Constitución reconoce que los ciudadanos debemos sujetarnos a un Estado de Derecho, el cual según el autor Borja (1997) citado por Pozo (2021) el Estado de Derecho debe caracterizarse de manera esencial por la sumisión de los ciudadanos a las normas jurídicas, esto es una aplicación estricta de la ley. Por el contrario, los servidores públicos en el caso concreto los notarios pueden apartarse del Estado de Derecho dejando la legalidad y acercándose a la legitimidad de los actos y contratos notariales (Pozo, 2021).

Análisis comparativo con legislaciones de otros países sobre la realización de actos notariales telemáticos

España

El Consejo General del Notariado en España desde el año 2002 ha estado empeñado en tener un programa de modernización tecnológica, los notarios españoles se han convertido en un referente para los demás países que siguen el sistema de notariado latino, para ello se han adelantado en la implementación de un plan estratégico de modernización con recursos propios y es así que el Notariado cuenta con una de las mayores redes informáticas del país, que integra y conecta a tiempo real las más de 2.800 notarías españolas. Todas las notarías tienen el mismo nivel tecnológico, desde las de las grandes ciudades hasta los pueblos más pequeños, garantizando la misma calidad de servicio también a nivel técnico en cualquier punto de España (Consejo General del Notariado, 2020).

Ante la situación por la que estamos atravesando el Consejo General del Notariado en España en el mes de abril de 2020, hace una propuesta al Gobierno de la Nación en la que se plantea un programa completo y ambicioso de desarrollo tecnológico, en el que entre otras cosas, se contempla la posibilidad de que una serie de negocios jurídicos pueda ser autorizada por notarios sin exigir la presencia física ante el notario o mejor dicho, sustituyendo esta por un sistema de comparecencia mediante videoconferencia (García Collantes, 2020).

En España han sido los notarios los que han tomado la iniciativa de utilizar medios telemáticos para la realización de actos notariales, pero como se puede apreciar de lo antes citado ellos utilizan sus propios recursos y dan un enfoque integral tanto a notarías de grandes ciudades como

a las más pequeñas, aquí el notariado juega un papel preponderante a tal punto que cuentan con un centro tecnológico propio y ellos conocedores de sus necesidades seguramente han implementado todos los medios suficientes para brindar seguridad jurídica a los actos notariales que realicen.

Argentina

En Argentina el ejercicio de la función notarial está regulado por veinte y cuatro leyes ya que los gobiernos locales tienen la potestad de legislar al respecto, pese a que pueden existir pequeñas diferencias entre cada una de ellas, sin embargo, tienen mucho en común como el hecho de que todos los notarios sean profesionales en derecho, están sometidos a evaluaciones, su conducta debe ser honesta, entre otros.

Al igual que en muchos países en Argentina frente a los cambios en el sistema notarial debido a la implementación de actuación telemática de los notarios se ha dado muchas críticas debido a la regulación para implementar los certificados de actuación remota en donde la actuación del notario puede estar plasmada en soporte digital o en papel. En este sentido, el camino hacia la digitalización conlleva una serie de problemas técnicos y económicos que debe atravesar el sistema público, mismo que en la mayoría de los países latinoamericanos es un sistema deficiente y carente de recursos económicos, lo que conduce a que la informatización no sea aplicada como en la teoría se plantea (Armella C. N., 2021)

En Ecuador

Como primer antecedente tenemos la Ley de Comercio Electrónico Firmas y Mensajes de Datos publicada en el año 2002, en su artículo 51 hace referencia a los instrumentos públicos electrónicos, texto normativo que durante muchos años no tuvo mayor trascendencia debido a su casi nula aplicación en el ámbito notarial, quizá uno de los actos con los que se pretendió dar utilidad a esta norma fue la constitución de sociedades en línea en la última década, mismo que hasta la presente fecha es el único instrumento público con la que el notariado ecuatoriano dio un paso hacia la tecnología; sin embargo, dista mucho de lo que actualmente sería un acto notarial telemático porque si bien es cierto que en este acto se utiliza medios electrónicos para recepción y envío de documentos, sigue necesitando la presencia física de las partes, su firma ológrafa y del soporte papel.

Como segundo antecedente tenemos la disposición transitoria Décimo Segunda de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario creada por la emergencia sanitaria y que hasta la presente fecha no se podido dar cumplimiento por falta de recursos económicos ya que el Ministerio de Finanzas no ha asignado al Consejo de la Judicatura el presupuesto a fin de que se materialice la misma.

El tercer antecedente viene a ser la reforma al Código Orgánico de la Función Judicial dada en el año 2020 en la que en disposición transitoria décima se refiere a la implementación de plataformas seguras para la prestación de recursos telemáticos y que será el Ministerio de Finanzas el que transfiera los recursos al Consejo de la Judicatura para que en un plazo de tres meses implemente la plataforma electrónica segura para la prestación del servicio notarial telemático; además, este órgano tiene un plazo de un mes para expedir el protocolo y regulaciones que permitan a los notarios utilizar otras plataformas y herramientas tecnológicas (Ley Orgánica de la Función Judicial, 2009)

En el afán de dar cumplimiento a las disposiciones normativas el Consejo de la Judicatura expidió la resolución 075- 2020 en la que resuelve expedir el Reglamento para la Implementación Progresiva de Actos, Contratos y Diligencias Notariales a través del uso de medios electrónicos. Este reglamento enumera de forma limitada los actos que se pueden realizar utilizando este medio, tomando en cuenta que es el primer paso hacia el uso de las tecnologías de la información en el sistema notarial. Esta limitación de los actos notariales se constituye como un plan piloto para analizar la evolución y experiencia que se pueda adquirir para dar un paso adelante en el anhelado paso a la modernización notarial.

En el mes de enero del presente año el Consejo de la Judicatura emitió otra resolución en la que resuelve aprobar el protocolo que permite que los notarios utilicen otras plataformas y herramientas electrónicas hasta que este ente rector pueda conseguir lo recursos y desarrollar la plataforma electrónica segura, conforme lo dispone la ley. Este protocolo hace referencia en su primera parte a ciertos requisitos previos a la celebración del acto notarial entre los cuáles se encuentra: a) El usuario debe presentar su solicitud de forma electrónica desde su correo personal al correo propio de cada notaria. b) Tanto los usuarios como el notario deberán tener firma electrónica. c) El usuario deberá solicitar el servicio únicamente a la notaría del cantón en donde este se encuentre para lo que en la solicitud hará constar su declaración juramentada indicando

que se encuentra en el cantón donde solicita la realización del acto; y, c) La notaria debe tener cuentas activas de los correos electrónicos a donde se puedan mandar la solicitud y los documentos habilitantes.

En esta misma resolución se dispone que herramientas se pueden utilizar y entre ellas se mencionan el correo electrónico tanto del usuario como de la notaría y la firma electrónica de los usuarios del servicio. En el acto de comparecencia se debe utilizar la plataforma de videoconferencia, misma que será grabada de principio a fin y deberá ser guardada en su integridad utilizando la nube o de forma local y deberá ser presidida únicamente por el notario. (Resolución 001-2021, 2021)

Ante la obligatoriedad a la que se han visto avocados los notarios del país, la Federación Ecuatoriana de Notarios (FEN) ha considerado importante elaborar una guía de aplicación práctica que permita a los notarios utilizar otras plataformas y herramientas electrónicas hasta que el Consejo de la Judicatura implemente la plataforma segura para la prestación del servicio notarial, esto con el afán de unificar procedimientos en todas las notarías del país.

Esta guía contiene algunas recomendaciones entre ellas: Que el cumplimiento de la actuación notarial este dentro de su competencia cantonal y se enmarque en lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley Notarial. Otra recomendación señala que debe existir previo al acto una solicitud electrónica, la correspondiente verificación de los documentos habilitantes y la descripción paso a paso de cómo se debe llevar la comparecencia telemática. Todas estas recomendaciones tienen el afán de que el gremio notarial tenga un modelo de cómo proceder y solventar en parte el vacío tecnológico y estructural que tiene el servicio notarial telemático, para que sea óptimo y garantice la seguridad jurídica que se requiere en los instrumentos públicos notariales.

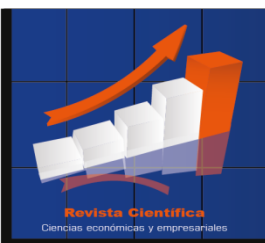
Como conclusión de este apartado, se puede evidenciar que lo que ocurre con las legislaciones de los países que se han considerado para el análisis, los cuales siguen la misma línea del sistema notarial tipo latino como el Ecuador, se ha identificado que existe mucha preocupación por el tema de la vulneración a la seguridad jurídica de los actos y contratos notariales por efecto de la falta de intermediación y la falta de recursos económicos y tecnológicos para implementar este sistema. Los Estados deben garantizar el servicio notarial electrónico seguro para garantizar el servicio.

Mecanismos que ayuden a que los actos notariales realizados vía telemática a garantizar y revestirlos de legalidad y evita la vulneración de la seguridad jurídica

Los antecedentes normativos citados son los que han puesto a los notarios del país en la incertidumbre de si los actos notariales realizados vía telemática garantizan o no la seguridad jurídica de los mismos, ya que históricamente se han venido dando únicamente de forma presencial en las distintas notarias del país, pero con el nuevo sistema telemático que se ha propuesto por la situación de la pandemia mundial de la Covid-19, ha surgido esta revolucionaria idea de implementar ciertos actos notariales de forma virtual de conformidad a la voluntad de las partes. Esta innovación aún se encuentra en planificación, y aunque existan ya ciertas directrices para la utilización de los medios telemáticos en las notarías del país, aun no se han aplicado los mecanismos virtuales por cuanto estos vulnerarían ciertos derechos constitucionales básicos entre ellos y siendo el más importante la seguridad jurídica en gran parte por la falta de intermediación de las partes con el notario.

En este apartado se pretende concluir el trabajo con fórmulas y/o mecanismos que permitan que los actos notariales realizados vía telemática sean seguros y garanticen que los mismos efectivamente reflejen la voluntad de las partes, libre de vicisitudes y a su vez el/la notario/a pueda corroborar la legalidad de los mismos con esa interacción presencial en la que pueden expresar sentimientos o detalles mínimos que lleven al notario a no realizar el acto e incluso a prestar un consejo o asesoría para que lo realice pero garantizando y precautelando sus derechos.

Una de las directrices que han surgido en este aspecto es el Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia, expedido en febrero del año 2021 por la Unión Internacional de Notariado -en adelante UINL-, el cual establece que deben seguirse ciertos parámetros esenciales para el cumplimiento de los actos notariales mediante el uso de las nuevas tecnologías. Una de las recomendaciones que plantea este decálogo se centra en la identificación de las partes, la cual hace referencia a que los notarios deben verificar la existencia del juicio directo y personal de las partes para corroborar su voluntad en el acto notarial a celebrar (Marcoz, 2021) . En este punto un mecanismo clave para la verificación de la voluntad de las partes es la identificación de las mismas y que se pueda corroborar que a ciencia cierta sean las partes que señalan ser las que comparecen. En este sentido se debería crear un sistema que identifique la veracidad de la identidad de las partes como por ejemplo un



reconocimiento fácil, una identificación biométrica o de alguna forma la identificación mediante huella dactilar.

Otro mecanismo importante es el control de la expresión de la voluntad libre de vicios de las partes, para lo cual se debe aplicar una plataforma virtual segura otorgada por el Estado, así como una conexión estable con el sistema y que permita visualizar y escuchar claramente la voluntad de las partes a una distancia prudente del dispositivo electrónico. Esta plataforma debe proteger la información de las partes y resguardar la confidencialidad de los datos personales.

El acto notarial debe desarrollarse siguiendo un protocolo estricto y determinado por la ley; así como con la comparecencia de las partes y el notario quien preside la actuación en el proceso. Además, un mecanismo que otorgue seguridad al acto es que todo el proceso telemático, sea grabado y remitido directamente al archivo del Consejo de la Judicatura quien a su vez respaldará la información en sus archivos y verificará el cumplimiento del proceso de celebración del acto notarial.

Un tema relevante que también conlleva análisis en el acto notarial telemático es la firma que da fe pública por parte del notario y las firmas de las partes en el acto notarial. Estas firmas deben ser digitales y seguras, para lo cual las partes deben contar con una firma electrónica real, segura y verificada por los organismos certificados en la asignación de firmas electrónicas a nivel del país. En este sentido, el Estado debe garantizar que los actos notariales se efectúen mediante un sistema idóneo, seguro y que garantice que el acto notarial sea legal y libre de vicios. La solución a este conflicto que aún limita a los notarios del país a acceder al sistema telemático se funda en la carencia de un sistema que permita verificar que las partes sean las correctas, que su voluntad esté libre de vicios, que el acto notarial se efectúe de forma confiable y que la voluntad se exprese en la firma de las partes de forma real; todos estos puntos entre otros, ponen en duda la aplicación actual del sistema telemático puesto que a simple vista no garantiza la seguridad jurídica que establece el artículo 82 de la Constitución de la República.

El uso de las nuevas tecnologías de la información en los actos notariales debe fundamentarse esencialmente en la dotación estatal de un sistema confiable con una inversión considerable en sistemas de seguridad y confiabilidad. Los notarios deben encontrarse capacitados para poder manejar el sistema y el desarrollo de los actos notariales telemáticos de forma idónea y

concordantemente debe existir un cuerpo normativo que detalle la actuación notarial en un procedimiento concreto para cada acto notarial telemático.

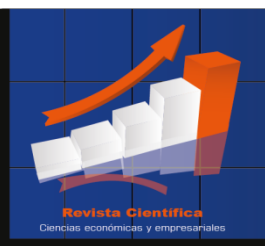
Metodología

Este trabajo de investigación es de tipo no experimental puesto que no se han manipulado variables. Se ha desarrollado bajo la investigación cualitativa basado en una investigación bibliográfica y fundamentación teórica, siendo el alcance de la investigación descriptiva. La investigación parte del método analítico–sintético, el cual permite la descomposición del problema para observar las causas, la naturaleza y los efectos y después relacionar cada reacción mediante la elaboración de una síntesis general del fenómeno estudiado, este se encuentra ligado a la revisión de bibliográfica y base de datos científicas permitiendo tener un conocimiento concreto sobre las teorías para poder llevarlas a la práctica. En la fundamentación teórica, el método aplicado ha sido el deductivo-inductivo, mediante el cual se parte de una verdad absoluta para obtener conclusiones particulares.

Resultados

La presente investigación nos permite demostrar el debilitamiento que se puede producir a la seguridad jurídica al realizar actos notariales telemáticos, en los que la falta de presencia física puede inducir a que el acto o contrato revista de vicios de nulidad. En tal razón y con el afán de prevenir la consolidación de la violación al derecho fundamental establecido en la Constitución debido a lo precipitado y emergente que fue la creación de la normativa que regula la realización de actos notariales telemáticos la proposición sería que el artículo 18.2 de la ley Notarial debería más bien describir o enumerar solamente los actos notariales que se podrían realizar usando medios electrónicos, limitando exclusivamente a aquellos que no generen conflicto de intereses entre los cuáles podrían ser: inscripción de contratos de arrendamiento, revocatorias de poder, copias certificadas de archivo, declaraciones juramentadas y protocolización de instrumentos públicos y privados.

Todos estos actos deberían realizarse una vez que el Consejo de la Judicatura implemente una plataforma segura y cree el protocolo digital en donde se pueda guardar toda la información que se generó pero insistiendo que sean solo actos que no pongan en compromiso los intereses de ningún usuario, porque los demás actos necesariamente requiere de la presencia física y aunque existiere




una plataforma segura aquella no va a brindar seguridad jurídica, sino que el notario es el que debe utilizar todos los mecanismos adecuado que lleven a su convicción que el acto que está siendo otorgado ante él contenga las garantía suficientes para decir con certeza que ese acto o contrato se encuentra blindado de vicios que lo afecten y pueda terminar en nulidad.


Propuesta

Reforma del artículo 18.2 de la Ley Notarial.

Normativa actual.



Normativa reformada.



Art. 18.2.- Sin perjuicio de que la petición y respuesta del servicio se pueda realizar de forma telemática, las siguientes diligencias o actos notariales se realizarán de forma presencial:

1. Celebración de testamento cerrado;
2. Autorización de salida del país de menores de edad;
3. Apertura y publicación de testamento cerrado;
4. Notificación de traspaso de créditos y traspaso o cesiones de derechos o créditos personales;
5. Sorteos, apertura de casilleros u otra constatación física por parte de notarias o notarios;
6. Autenticación de firmas puestas ante el o ella, en documentos que no sean escrituras públicas;
7. Registro de firma física de servidoras o servidores y representantes legales de personas jurídicas; y,
8. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales.

Art. 18.2.- Las siguientes diligencias o actos notariales se realizarán de forma telemática:

1. Inscripción de contratos de arrendamiento.
2. Revocatorias de poder general y especial.
3. Copias certificadas de archivo.
4. Declaraciones juramentadas.
5. Protocolización de instrumentos públicos y privados.

Conclusiones

Con base a la presente investigación, se han obtenido las siguientes conclusiones:

1. En el primer apartado se abordó la seguridad jurídica en los actos notariales, de lo cual se concluye que los actos jurídicos notariales presenciales que se han venido efectuando tradicionalmente garantizan la seguridad jurídica que no es más que la certidumbre del derecho, misma que debe encontrarse presente en todos los negocios jurídicos plasmados en instrumentos públicos, lo que le otorga validez. En este sentido, el sistema telemático pone en duda la seguridad jurídica por la carencia de un sistema notarial telemático determinado, la capacitación a los notarios y lo más importante la regulación normativa que proporcione el Estado a estos actos notariales digitales.
2. El segundo apartado que aborda los actos y contratos notariales realizados vía telemática nos permite concluir que los mismos no garantizan la seguridad jurídica debido a la falta de intermediación, la cual nos permite interactuar directamente con las partes intervinientes lo que conduce a evitar que existan vicios de consentimiento, suplantación de identidad, mala utilización de la firma electrónica por parte de terceros interesados, entre otros.
3. Las legislaciones de otros países respecto al sistema notarial telemático como el sistema español y argentino siguen la misma línea del sistema notarial latino del cual el Ecuador es parte. Este sistema aún no se ha materializado en la realidad de las diferentes latitudes por cuanto solamente existen directrices de aplicación y no una estructura sólida, misma que en muchas ocasiones es por falta de recursos económicos y tecnológicos para implementar el sistema.
4. El apartado final plantea mecanismos para garantizar la seguridad jurídica en los actos notariales realizados vía telemática, del cual se pueden deducir los siguientes mecanismos: a) la creación de un sistema que identifique la veracidad de la identidad de las partes como un sistema de reconocimiento fácil, identificación biométrica o identificación de huella dactilar, b) la creación de una plataforma virtual segura otorgada por el Estado, c) la implementación de un sistema de reconocimiento de firmas electrónicas y d) la creación de un protocolo digital que garantice que estos actos notariales van a perdurar a través del tiempo.
5. Se puede evidenciar que el sistema notarial mediante el uso de las tecnologías de la información en el Ecuador no se ha podido materializar en la realidad por la vaguedad

normativa y la carencia de recursos económicos, materiales y estructurales que debe facilitar el Estado como garante de la seguridad jurídica en el país. Es por ello que los Colegios de Notarios han tenido que apersonarse del tema y buscar algún tipo de mecanismo para de alguna manera asegurar el cumplimiento de esta obligación; sin embargo, aún no se ha podido solucionar en la praxis esta situación.

6. Finalmente, a través del tiempo, el soporte papel ha sido la base fundamental en el sistema notarial latino, mismo que ha perdurado a lo largo del tiempo garantizando la seguridad jurídica y la perpetuación en el tiempo. Con el sistema digital surge la preocupación respecto a que si el soporte digital y las bases tecnológicas van a tener el mismo efecto como el que ha tenido el sistema tradicional. Con base a la presente investigación se concluye que el sistema notarial digital en la actualidad no garantiza el derecho constitucional a la seguridad jurídica reconocido en la carta constitucional ecuatoriana.

Referencias

1. Armella, C. C. (2020). Emergencia, pandemia, Tecnología y notariado.
2. Armella, C. N. (2021). El Notario del Siglo XXI. Obtenido de El Notariado Argentino a principios del siglo XXI: <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/ARTICULO%20UNIVERSIDAD/El%20notariado%20a%20principios%20del%20siglo%20XXI.html>
3. Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecaudor. Corporación de Estudios y Publicaciones.
4. Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones.
5. Asamblea Constituyente. (2009). Ley Orgánica de la Función Judicial. Corporación de Estudios y Publicaciones.
6. Asamblea Constituyente,. (2021). Ley Organica de Apoyo Humanitario. Corporación de Estudios y Publicaciones.
7. Borja, R. (1997). ENCICLOPEDIA DE LA POLÍTICA. MÉXICO: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA.

8. Consejo General del Notariado. (2020). Consejo General del Notariado. Obtenido de Historia del Notariado: <https://www.notariado.org/portal/historia-del-notariado>
9. D' Alessio , C., & Herrero de Pratesi, M. (2020). La Ley. Certificados de Actuación Remota: Un instrumento eficaz al servicio de la comuinidad, págs. 2-4. Obtenido de Certificados de Actuación Remota: Un instrumento eficaz al servicio de la comuinidad: www.uinl.org
10. Delpiazzo, C. E. (2004). ¿Hacia donde va el Derecho de Internet?, en Derecho Informático.
11. García Collantes, J. M. (2020). Inmediación Notarial y Nuevas Tecnologías. Una visión europea. Revista del Notariado.
12. Pleno del Consejo de la Judicatura. (8 de enero de 2021). Resolución 001-2021. Quito.
13. Pozo, E. (2021). PROHIBICIÓN DE ARBITRARIEDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.
14. Recasens, s. (1981). Tratado General de la Folosofía del Derecho. Porrúa.
15. Riofrío, J. (2015). La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles. Revista de educación y derecho N°12. 1-27.
16. Yerobi, C. (1966). Ley Notarial.

©2021 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).