

EDUARDO ROMERO RAMOS¹



FECHA DE RECEPCIÓN: 10 de junio 2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 04 de octubre 2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2022.1.2>

DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1728-BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

The interpretation of article 1728-Bis of the Civil Code of the State of Chihuahua

Resumen

Este trabajo examina el alcance de la reforma legislativa que se introdujo al Código Civil del Estado de Chihuahua, en el Decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado en fecha 8 de julio de 2020 que expide la Ley de Firma Electrónica del Estado, incluyendo además un artículo 1728 Bis al apartado de Formas del Consentimiento de los Contratos dentro del Título Primero, Capítulo I del Libro Cuarto del Código mencionado. La reforma tiene por propósito regular los avances tecnológicos del mundo actual y considerar la pertinencia de ampliar las formas que puede revestir el consentimiento, reconociendo la forma electrónica como medio formal de las voluntades que lo integran y como un elemento de validez de los contratos civiles que se celebran por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, bajo la condición de que la información generada por tales medios sea atribuible a las partes, pueda ser resguardada íntegramente y consultable con posterioridad.

Palabras clave: consentimiento, contratos civiles, medios electrónicos.

Abstract

This paper examines the scope of the legislative reform that was introduced to the Civil Code of the State of Chihuahua, published in the Official State Newspaper on July 8, 2020, that issues the Electronic Signature Law, also including an article 1728 Bis to the section on Contract Consent Forms within Title One, Chapter I of book four of the Code. The purpose of the reform is to regulate the technological advances of the current world and consider the relevance of expanding the forms that consent can take, recognizing the electronic form as a formal means of the wills that comprise it and as an element of validity of the civil contracts that

¹ Notario Público Número cuatro en Ciudad Juárez Chihuahua, México. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Postgrado en Derecho Fiscal por la Universidad Panamericana. ORCID: 0000-0002-6381-738X.

they are held by electronic, optical or any other technology, under the condition that the information generated by such means is attributable to the parties, can be fully protected and can be consulted later.

Key words: consent, civil contracts, electronic media.

Introducción

La reforma al Código Civil del Estado de Chihuahua, en el Decreto publicado en el Periódico Oficial del Estado en fecha 8 de julio de 2020 que expide la Ley de Firma Electrónica del Estado, incluyendo además un artículo 1728 Bis al apartado de Formas del Consentimiento de los Contratos dentro del Título Primero, Capítulo I del Libro Cuarto del Código mencionado, constituye, sin duda, un esfuerzo por actualizar la legislación estatal en materia de la forma escrita del consentimiento civil hacia medios electrónicos. Seguramente los autores de la iniciativa de la citada adición, se han inspirado en los ordinales 89 Bis, 90 Bis, 93 y otros del Código de Comercio, contenidos en la regulación del comercio electrónico, en concreto en el Capítulo Primero del Título II del cuerpo legal citado, así como en el 1834 Bis del Código Civil Federal en tanto que supletorio de aquél. Sin embargo, la lectura de las normas mercantiles sobre la materia, nos podría revelar que la simple inyección del texto adicionado al Código Civil de Chihuahua, parece insuficiente, en las condiciones actuales, para lograr exitosamente el propósito del legislador estatal; formular lo anterior como hipótesis de análisis, abordar su estudio y proponer conclusiones es parte fundamental de nuestro esfuerzo.

Ya los textos reformados de los artículos 1697, 1699 y 1705 del Código Civil de Chihuahua, según decreto publi-

DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1728-BIS DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA

cado el 9 de noviembre de 2019, sin apartarse del sistema de recepción de la oferta o la aceptación para integrar el consentimiento entre partes no presentes, habían introducido el reconocimiento a la integración del consentimiento por medios electrónicos en general, estableciendo lo siguiente:

“ARTÍCULO 1697. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, *por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología.* El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.”

“ARTÍCULO 1699. 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 aplicará a la oferta hecha por teléfono, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otro tipo de tecnología que permita la comunicación y recepción inmediata de la oferta.*”

“ARTÍCULO 1705. *La propuesta y aceptación hechas por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otro tipo de tecnología,*

tendrán plena validez legal y producirán todos sus efectos sin haber mediado una estipulación por escrito de las partes, en los términos previstos en el Código de Comercio, en su artículo 89 bis.” (Nota,- Para lo sucesivo, las itálicas, el subrayado y las negrillas en artículos que se insertan, no están en el texto transcrito)

Como puede verse de los anteriores preceptos, el Código Civil de Chihuahua mantuvo el sistema de integración del consentimiento entre presentes o ausentes, expreso o tácito, verbal, por escrito o por medios electrónicos, pero eliminó como medio de contratación al telégrafo, caso en el cual se exigía la estipulación previa de los contratantes y las firmas en los originales de los respectivos telegramas, estipulación que en general también dejó de exigirse; recordemos que el telégrafo puede considerarse el primer medio electrónico de comunicación a distancia en la historia, ahora casi en desuso. Y nótese que los artículos transcritos se ubican dentro de la sección de consentimiento del capítulo de Contratos de la codificación mencionada, esto es dentro de la sección sustantiva de la materia; ello porque podría ser destacable identificar la “topografía” legislativa que ofrece al intérprete alguna luz sobre las cuestiones analizadas.

A partir de esta reforma al artículo 1705, en Chihuahua podemos hablar ya de la formación de un consentimiento prestado

por medios electrónicos, inmediata o mediata, para otorgar jurídicamente un **acto electrónico** o un **contrato electrónico**. Tomemos nota que este precepto define sólo el aspecto sustantivo de la integración del consentimiento en medio electrónico, sin regular ni exigir forma alguna como elemento de validez del acto jurídico; sin embargo, en su nuevo texto reformado autoriza que el consentimiento se forme mediante un vehículo electrónico dentro de los que por cierto podríamos incluir al teléfono y al telégrafo sin que se requiera pacto previo y por escrito de las partes, al declarar la validez del consentimiento electrónico, esto es la oferta y la aceptación, remitiéndose para su regulación y haciendo suyas ciertas disposiciones propias de los profesionales del comercio.

Loables pues, los propósitos, pero quizás criticable la reforma a la luz de su pobre técnica legislativa, porque el legislador estatal introdujo normas ajenas al mundo civil, al hacer remisión desde el artículo 1705 transcrito, a un precepto del Código de Comercio -el artículo 89 bis- para definir los efectos jurídicos de validez o fuerza obligatoria de cualquier tipo de información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, al tiempo que prescribió aplicables a la materia civil del Estado todas las normas mercantiles de la materia importada al ámbito civil. Pues examinando un poco más dichos precep-

tos, no sólo ordenó la aplicación de las disposiciones del Código de Comercio, sino los lineamientos normativos federales en la materia. Así, la legislación de Chihuahua hizo suyas las normas federales para regular la integración del consentimiento, la plena validez legal de los medios electrónicos y su valor probatorio en materia civil en el Estado de Chihuahua; un caso verdaderamente inédito. Dicho numeral mercantil a la letra dice:

“ARTÍCULO 89 Bis. No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un **Mensaje de Datos**. Por tanto, dichos mensajes podrán ser utilizados como medio probatorio en cualquier diligencia ante autoridad legalmente reconocida, y **surtirán los mismos efectos jurídicos que la documentación impresa, siempre y cuando los mensajes de datos se ajusten a las disposiciones de este Código y a los lineamientos normativos correspondientes.**”

Por su parte, el 1728 Bis que aquí es objeto de análisis no podría entenderse por razones de hermenéutica jurídica sino a la luz del entramado jurídico del ámbito estatal que en el caso nos remitió, como hemos visto, al Código de Comercio, al tiempo que se debe estudiar y apreciar en conjunto la reforma de 29 de agosto de

2003 que introdujo los textos vigentes de los artículos 89 Bis -transcrito atrás-, 90 Bis, 93 y otros más del Código de Comercio, por mandamiento del propio 89 Bis.

El **1728 Bis** del Código Civil del Estado de Chihuahua que **se contiene en la sección de formas del mismo capítulo de contratos, debe por su parte leerse conjuntamente con los supuestos del 1728** del mismo Código, los cuales rezan de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 1728. Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó.”

“ARTÍCULO 1728 Bis. Los supuestos previstos en el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, *siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra a través de dichos medios, sea atribuible a la persona obligada y que esta sea accesible para su ulterior consulta.*

“En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario

público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes se han obligado, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. En este caso, *el fedatario público deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se verifica que dicha información es atribuible a las partes, y conservar bajo su resguardo una versión íntegra para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con las disposiciones legales aplicables.*”

Análisis de antecedentes civil federal y mercantil

El artículo 1834 Bis del Código Civil Federal, introducido en reforma publicada con fecha 29 de mayo de 2000, y el artículo 93 del Código de Comercio que fue materia de reforma publicada el 29 de agosto de 2003, constituyen los antecedentes legislativos que parecen inspirar, dada la similitud de textos, los términos del artículo 1728 Bis que aquí se estudia, con la diferencia de que el texto mercantil alude al término: “Mensaje de Datos”, el cual se definió en el artículo 89 del mismo Código. Éste a su vez establece que el comercio electrónico estará regido por principios de neutralidad tecnológica, autonomía de la voluntad, compatibilidad internacional, equivalencia funcional del Mensaje

de Datos en relación con la información documentada en medios no electrónicos y de la Firma Electrónica en relación con la firma autógrafa. Todo lo cual no mereció alusión alguna y más bien pareció ser ignorado por parte del legislador local.

En un enfoque metódico, no debemos entender el artículo 93 invocado, sin traer a la mente el texto del ya aludido numeral **89 Bis del mismo Código de Comercio**, que estableció claramente que los mensajes podrán ser utilizados como medios probatorios ante cualquier *autoridad legalmente reconocida* y que surtirán los mismos efectos jurídicos que la documentación impresa, siempre y cuando los mensajes de datos se ajusten a las disposiciones del Código de Comercio y a los lineamientos normativos, como hoy sería en concreto la norma oficial mexicana --NOM- a que alude el segundo párrafo del artículo 49 del Código invocado. La reforma al Código de Comercio publicada el 29 de mayo de 2000, incluyó un total de veintiséis modificaciones, del numeral 89 al 114, y la introducción de otros tres artículos más, 90 Bis, 91 Bis y 93 Bis del invocado Código. El texto del artículo 89 Bis de la codificación comercial ahora en vigor en el Estado de Chihuahua, regula los efectos y la fuerza probatoria de los mensajes de datos, que son equiparables a la documentación impresa, siempre y cuando dichos mensajes se ajusten a las disposiciones del Código de Comercio. Dicha disposición es quizás

ahora innecesaria porque la Ley de Firma Electrónica Avanzada local prescribe sustancialmente lo mismo en forma clara como lo veremos adelante.

El articulado que constituye la reforma de 2003 al Código de Comercio, en forma evidente propende a garantizar la certeza y la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles, cuando se celebran por medios electrónicos dando valor probatorio a los Mensajes de Datos, como un término legal definido, a condición de que se ajusten a la ley y a los lineamientos normativos correspondientes; pues asegurar esto último es de la mayor importancia para los emisores y los receptores de la transmisión en forma electrónica de un Mensaje de Datos, como efectivamente atribuible al Emisor, todo lo cual se reviste de un sistema normativo que se informa en el respeto a ciertos principios rectores de las actividades reguladas por el mencionado Título II del Código de Comercio. Por ello, el legislador mercantil también definió los términos “Firma Electrónica” y “Firma Electrónica Avanzada o Fiable”, amén de otros doce términos pertinentes y necesarios en una materia tan novedosa, cuyo lenguaje técnico no es de uso común para abogados y juristas, mucho menos para la sociedad en general.

A continuación, el numeral 90 Bis del Código de Comercio también aplicable al ámbito local en Chihuahua por disposición del 89 Bis mercantil y del 1705 local

que hemos invocado, definió el caso en que es vinculante un Mensaje de Datos, al señalar que:

“Se presume que un Mensaje de Datos ha sido enviado por el Emisor y, por lo tanto, el Destinatario o la Parte que Confía, en su caso, podrá actuar en consecuencia, cuando:

I.- Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el Emisor, con el fin de establecer que el Mensaje de Datos provenía efectivamente del Emisor, o

II.- El Mensaje de Datos que reciba el Destinatario o la Parte que Confía, resulte de los actos de un Intermediario que le haya acceso a algún método utilizado para identificar un Mensaje de Datos como propio”.

Como se colige de la lectura del precepto mercantil aquí transcrito, **el Código de Comercio mantuvo la exigencia de que hubiese acuerdo previo entre partes emisora y receptora, para garantizar que un mensaje de datos es atribuible al Emisor según lo define el 90 Bis** ya comentado, prescribiendo luego la participación de un Intermediario que permite acceso de un método utilizado por el Emisor, para identificar un Mensaje de Datos como propio del Emisor. El legislador mercantil se apartó, con base en lo dicho, del Código Civil Federal, al exigir un procedimiento

previamente acordado por las partes, para asegurar que el envío proviene del Emisor mismo y no de alguien más; introduciendo, además, dicha figura de intermediario que actúa por cuenta de otro, y envía, recibe o archiva un Mensaje (así en la norma mercantil) o presta algún otro servicio. Y con esto encontramos una franca contradicción entre las disposiciones mercantiles traídas al ámbito local por el numeral 1705 del Código Civil local, y las propias de la codificación mercantil; pues éstas exigen el acuerdo previo de las partes para la forma de contratación electrónica y la ley civil local dejó de exigirlo al decir “**sin haber mediado una estipulación por escrito de las partes**” -en dicho artículo 1705-. La antinomia debe resolverse en favor de la supresión hecha por el Código Civil de Chihuahua, por tratarse de una norma expresa en contrario del Legislador Chihuahuense, aunque no rechaza expresamente esta exigencia establecida en la ley mercantil, manteniendo un elemento de confusión para el intérprete.

El Código de Comercio fue más allá todavía al crear otras presunciones, en el caso de que se haya respetado el procedimiento acordado entre Emisor y receptor o Parte que Confía -término también definido en la codificación-, según el artículo 90 bis ya comentado, en las que no podríamos profundizar en este estudio.

Así, examinar la evolución del entramado jurídico legislado de la materia que

estudiamos en el ámbito federal y local, a partir de la Ley Modelo aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional sobre Comercio Electrónico, nos permite visualizar como se fue gestando el pensamiento normativo impreso en el derecho positivo mexicano, pudiendo entender como los avances de la tecnologías modernas de comunicación, transmisión, almacenamiento y reproducción de datos y mensajes de datos, se fueron introduciendo a la vida económica, social y, finalmente, jurídica, lo que más en concreto para Chihuahua, arranca con pasos vacilantes y aún contradictorios; no así en la materia mercantil en que se aprecia una ilación estructurada y un “discurso legislativo” que despliega cierta claridad y posibilidad de comprensión a pesar de lo novedoso de la materia y de los términos especializados y propios de quienes desarrollaron los conceptos de la cibernética, sus programas y sistemas, como ciencia y actividad imprescindibles ya en la sociedad actual y en el orbe mismo.

En síntesis, hicimos aplicables al ámbito local la legislación Mercantil, pero la reforma que introduce el artículo 1728 Bis al Código Civil de Chihuahua no hizo la menor alusión al 1705 y su remisión al artículo 89 bis del Código de Comercio ni a la Ley de Firma Electrónica del Estado de Chihuahua que se aprobó en el mismo decreto legislativo, ni a los principios que es-

tableció como obligatorios dicha Ley local. La reforma habría admitido una mejora en este aspecto, habiendo obviado además que el 1834 Bis del Código Civil Federal es normalmente supletorio y la materia Mercantil sí contiene regulación amplia para garantizar la seguridad y fiabilidad de los medios electrónicos.

Análisis de la reforma por cuanto a la forma civil

El texto del artículo que estudiamos, viene a **establecer que la forma escrita de un contrato civil puede perfeccionarse en forma remota por medios electrónicos**, expresión ésta con la cual acuñaré para efectos de este estudio la de medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, que incluyen correos electrónicos, fotografías, mensajes electrónicos diversos de aquéllos, comúnmente conocidos como Mensajes y chats, y a otras herramientas ahora en práctica creciente por la pandemia que nos azota, como Facetime, “Zoom” y “Google Meet” que son vehículos comúnmente conocidos como videoconferencias, que agregaron imagen y mensajes de datos -preguntas y respuestas- a la comunicación telefónica. **El precepto en cuestión -1728 Bis- confirma la forma civil electrónica, como medio de expresión y prueba de la voluntad de los contratantes, con la prescripción de hacerla equiparable y darle igual valor probatorio que a la forma escrita tradicional, siempre que**

la información fuere íntegra, atribuible a las partes y accesible para su ulterior consulta.

Recordemos que el consentimiento se forma entre presentes o entre ausentes, bajo reglas distintas, de suerte que cuando un medio permita comunicación directa de ambas partes en tiempo real, esto es oferta y aceptación inmediatas, se regiría bajo los principios del consentimiento entre presentes, como en el caso del teléfono, en que se considera como si las partes estuvieran físicamente presentes. Lo mismo podríamos decir de videoconferencias, con la diferencia de que en este caso se podrían videograbar la conferencia y los mensajes intercambiados. La tecnología ofrece muchas hipótesis que habría que discernir en cada caso y con cuidado respecto de su naturaleza y efectos.

Es prudente, además, recordar aquí el concepto y tipos de forma de integrar el consentimiento, lo cual es la manera de manifestar la voluntad. Rico Álvarez (2019) enseña que “la forma primaria es la manera más abstracta y elemental de exteriorizar la voluntad” como lo define el artículo 1697 del Código Civil de Chihuahua en su primera línea. Además, según el autor citado, existe una forma secundaria para la forma expresa -en oposición a tácita- que permite distinguir la verbal, la escrita y la de signos inequívocos. Ahora bien, conforme al numeral 1728 transcrito, la forma escrita exige que el documen-

to relativo sea firmado por todas las personas obligadas a ello, esto es las partes y en su caso los testigos.

Lo anterior nos lleva a la firma, cuyo concepto no es definido por el legislador, por lo que ha sido la doctrina la que ha puntualizado el concepto, considerándolo como un signo emanado de puño y letra de una persona que le vincula al documento y a su contenido. Es la firma lo que permite atribuir a una persona ser el autor de un documento y participante en el acto o hecho contenido en él. Ahora bien, la firma puede ser autógrafa de puño y letra o electrónica, y aún si la persona no sabe firmar, debe contener la firma de un testigo a su ruego, así como la huella digital de la parte que no firmó, según lo exige la forma escrita. Ello nos llevará más adelante a referirnos a la ley estatal que define lo que es una firma electrónica; de momento baste apuntar que la forma escrita puede tenerse por cumplida según lo prescribe el artículo 1728 Bis, si se utilizan medios electrónicos, debiéndose entender lo anterior en el sentido de que el documento escrito en su acepción tradicional -dimensión papel- puede sustituirse por medios de expresión y registro electrónicos; empero, no parece eliminarse la necesidad de la firma, pues más bien y muy claramente se mantiene la exigencia de la indudable atribución del consentimiento a la autoría del documento electrónico integrado en calidad de mensaje de datos, exigencia

que sólo se cumple con lo que ahora se conoce como una firma electrónica.

Raquel Margarita García Inclán (2016) nos dice: “Aunque no es posible soslayar que para expresar el consentimiento a través de medios electrónicos, es posible hacerlo sin necesidad de tener una Firma Electrónica Avanzada, y tendrá la misma validez en caso de ser presentada como prueba en juicio...” (p.10). Sin embargo, de lo transcrito debemos entender que el consentimiento simple expresado por medios electrónicos puede tener validez en juicio, a partir de la libre valoración probatoria del juez, pero no nos dice que ese consentimiento puede estar afectado de nulidad relativa por no contener una firma equivalente a la autógrafa. O sea, hay consentimiento, pero no reviste los supuestos del numeral 1728 y, así, la forma exigida no se surte, porque no define la forma de atribuir fiablemente un mensaje al emisor.

Como consecuencia de lo dicho, los supuestos del artículo 1728 del Código Civil de Chihuahua que son la forma escrita con firma o firmas autógrafas, se tienen por cumplidos si se utilizan medios electrónicos en los términos del 1728 Bis. Y a la luz de la Ley de Firma Electrónica del Estado de Chihuahua, es la firma electrónica avanzada la que se equipara y tiene “Equivalencia” -término legalmente definido en dicha Ley- a la firma autógrafa. Por ello la forma escrita debidamente firmada por las partes debe cumplirse en la

dimensión papel o si fuere en dimensión electrónica, a través de mensajes de datos atribuibles a las partes mediante su firma electrónica avanzada.

Ahora bien, examinemos por un momento a la luz del realismo pragmático, el texto legal aprobado por el legislador local que brinda efectos de forma civil escrita y firmada a los medios electrónicos, y encontraremos que la ley civil no fue expresa ni estableció los mecanismos de control necesarios para darle certidumbre a la autoría de la nueva forma electrónica, como lo hace el viejo texto del artículo 1728 que exige la firma o la huella digital de las partes en la forma tradicional escrita, como una piedra angular de la forma, prueba y confirmación de su voluntad y autoría. Por ello debemos auxiliarnos de las normas aplicables a la firma electrónica fiable contenida en medios electrónicos, que se contienen en la Ley Estatal de la materia. Es criticable la reforma que introduce el 1728 Bis, porque no estableció regla alguna para acreditar la fiabilidad y confiabilidad del medio electrónico ni la certidumbre del almacenamiento de voz, datos e imagen, y demás normas técnicas para su grabación, conservación y posterior reproducción por las partes, ni nos remitió a la nueva regulación de Firma Electrónica en Chihuahua. Al no hacerlo, el intérprete debe acudir a la legislación simultáneamente promulgada “*lex specialis*”.

Se puede decir que la forma civil escrita y firmada por las partes también es falible y puede perderse, destruirse o alterarse, pero en este caso es la parte misma la responsable de tener buen cuidado de conservar los documentos que comprueban sus derechos y demás relaciones jurídicas. Recordemos aquí que el Código Civil, proveniente del napoleónico, recogió la sabiduría jurídica de occidente plasmada en disposiciones que asumían que el papel y la firma autógrafa o la huella se habían decantado como medio formal probatorio y confiable a lo largo de milenios.

Examinemos una consideración más que tiene relación con el grueso de los destinatarios ordinarios de la norma, para quienes el archivo, conservación y acceso a la forma electrónica no resultaría tan fácil como a simple vista puede parecer. La innovación tecnológica avanza en forma acelerada hacia nuevas herramientas y sistemas que pronto dejan en la obsolescencia a los anteriores, de suerte que en unos cuantos años, los nuevos equipos dejan de programar y tener acceso a los viejos archivos electrónicos que así, dejan de ser accesibles para los usuarios de la vieja información. Un problema adicional es que gran parte de las herramientas electrónicas, en equipos convencionales, no tienen acceso a otros sistemas electrónicos, existiendo además tecnologías y herramientas no convencionales que capturan, procesan, actualizan y analizan in-

formación; pues basta recordar que acceder a un sistema de información y archivo de datos, para su reproducción y hacerlos útil en juicio o fuera de él, no siempre es posible. Sólo debemos recordar los discos fonográficos y las cintas grabadas con voz y música que muy pronto ya no se pudieron reproducir sino en viejos aparatos que se conservan en museos.

Examen específico del Segundo Párrafo del artículo 1728 Bis

El precepto local en cuestión, contiene además una disposición dirigida a los fedatarios públicos, con una redacción casi idéntica al 1834 Bis del Código Civil Federal y al párrafo tercero del artículo 93 del Código de Comercio, como hemos expuesto. Recordemos que el artículo 1728 Bis analizado, en su primer párrafo contiene de forma implícita dos exigencias, pues al autorizar que los supuestos de la forma escrita con firma autógrafa se tengan por cumplidos a través de medios electrónicos, al mismo tiempo define -a contrario sensu- que no se tienen por cumplidos los supuestos de forma y firma, cuando no se contienen los elementos iguales o equivalentes a la forma escrita tradicional en el medio electrónico. Podemos así **concluir que la forma civil electrónica ha de cumplir con los supuestos de la forma civil tradicional**, esto es contener en la dimensión electrónica el registro de los mensajes de datos que expresan e integran las

voluntades de las partes con las firmas que garanticen la autoría y atribución del consentimiento a las partes mismas, lo que en este caso es una firma electrónica, revestida de la necesaria estructura tecnológica que le brinde una fiabilidad equivalente a la de la firma autógrafa. Dice el primer párrafo del artículo 1728 Bis

“siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra a través de dichos medios, sea atribuible a la persona obligada y que esta sea accesible para su ulterior consulta”

Aquí nos surgen diversas preguntas para el fedatario público a que alude el segundo párrafo del precepto, en torno a las prescripciones que contiene, entre otras: 1) ¿Cuándo se considera íntegra la información generada? 2) ¿Cómo se considera fiablemente que la información es atribuible a una persona en el caso de que sólo podamos considerar que proviene de una dirección de correo electrónico y cómo identificamos a ese titular? 3) ¿Por cuánto tiempo hay que garantizar que la tecnología es confiable para conservar y mantener accesible la información que contenga un acuerdo de voluntades, para ulterior consulta?

Todas esas preguntas no tienen una respuesta fácil ni siempre en el mismo sentido. ¿En qué momento se integra el consentimiento en los medios electrónicos y cómo lo puede probar el notario? Para todo ello tenemos que acudir al artícu-

lo 1705 y su remisión al 89 Bis mercantil para definir y complementar **cuando**-esto es, en que caso- un mensaje de datos y la información que integra, se tiene como proveniente de o es atribuible a las partes.

Por otra parte, la intervención de los fedatarios públicos, ha de ser objeto de cierta extrañeza, porque introduce, con dudosa técnica legislativa, normas jurídicas que dejan de ser de naturaleza civil al ser su destinatario un fedatario público, lo que las hace de naturaleza notarial y, por tanto, de carácter instrumental o adjetivo. Y las normas civiles han de tener a los particulares como centros de imputación, a la manera dicha por Kelsen, no a un funcionario privado investido de fe pública y sujeto en su actuación a normas administrativas que debe observar el notario o un corredor público, para el caso. Y no sólo está fuera de lugar la disposición dirigida a los fedatarios públicos, sino que es imperfecta en sus conceptos, pues no le indica al fedatario la forma en que va a cerciorarse de la autenticidad de los mensajes electrónicos, o cómo es que atribuye de manera fehaciente la autoría a un emisor de un mensaje, o que efectivamente dicho emisor lo ha enviado a un receptor que lo ha recibido verdaderamente. Tampoco le establece norma instrumental adjetiva para calificar un medio electrónico como confiable y con sistemas de almacenamiento probados y certificados por expertos, para cerciorarse del acceso y la

fácil reproducción impresa de los mensajes de datos que integran la información; mucho menos precisa la forma y términos en que el fedatario ha de archivar los mensajes y demás elementos electrónicos para su conservación y ulterior circulación. La anterior interpretación nos dice por qué las normas dirigidas al fedatario público en el segundo párrafo del 1728 Bis riñen con la “*lex specialis*” que es en el caso a estudio la ley notarial y son de difícil aplicación, a menos que las interpretemos de forma sistemática con otras disposiciones que las complementen.

Por ello, podemos sostener sin duda, que hasta hoy, la actuación instrumental de un fedatario público ha de seguir su protocolo, no sólo en el sentido de libros y apéndices en la dimensión actual del papel, sino en su acepción de procedimiento que garantiza una actuación profesional, siempre igual y debidamente documentada, pero sobre todo firmada o reconocida con la huella digital, de las partes. De ahí que la parte final de este precepto parece contener una colisión de conceptos con los de la ley notarial, al señalar que el fedatario deberá establecer en el propio instrumento, los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes, lo que en muchos casos sería inalcanzable para el notario, sino es con el asentimiento de las partes reconociendo la autoría del contrato electrónico y de su contenido, identificándose, ratificando y firman-

do ante el propio notario, en los términos del artículo 105 de la Ley del Notariado del Estado de Chihuahua. En efecto, el precepto civil en estudio produce un conflicto de normas al ordenar o autorizar a un fedatario que proceda de cierta manera que no se compadece del protocolo notarial y de la normatividad legal que rige la actuación de los notarios. Y ante el conflicto, el intérprete ha de aplicar la norma especial que es la de contenido notarial, interpretando y aplicando el segundo párrafo que se analiza en forma armónica y sistemática con aquélla.

Sin perjuicio de la argumentación lógica y racional que venimos exponiendo, encontramos al final del precepto estudiado, la siguiente expresión textual: **otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable** (“que lo rige”, agrega la codificación federal). Con esta alusión a “la legislación aplicable” *parece contradecir lo que antes ha autorizado u ordenado al fedatario*, pues con base en esa expresión, hemos de interpretar y referirnos precisamente a la legislación del instrumento, esto es a la notarial y no a otra. Porque al final de cuentas, el derecho civil sólo debe definir el consentimiento y su forma como elemento de validez, pero es el derecho notarial el que define al instrumento. Y aunque tenemos un capítulo que regula un protocolo notarial electrónico para Chihuahua, el mismo no se ha puesto en práctica, por estar en espera de

su reglamentación y por la sencilla razón práctica de que no se tiene la plataforma electrónica y demás herramientas que demandaría ese gran proyecto notarial. Dicho capítulo también debiera ser objeto de estudio a profundidad, pero no está en la intención de este trabajo.

En razón de lo anterior, ha de considerarse que las normas dirigidas a los fedatarios públicos en el segundo párrafo del artículo 1728 Bis del Código Civil de Chihuahua, deben ser interpretadas en armonía y con rigor hermenéutico a la luz del artículo 1705 Bis local, del artículo 89 bis del Código de Comercio y demás disposiciones mercantiles, así como de la ley notarial -esto es la Ley de Notariado del Estado de Chihuahua- “legislación aplicable al instrumento” a la que remite el 1728 Bis, de forma tal que el precepto civil *per se* no constituya excepción que haga nugatorias las obligaciones protocolares del notario, pues más bien la propia disposición civil remite el otorgamiento del instrumento -concepto notarial por antonomasia- conforme a su propia ley.

Por tanto, hasta hoy en día y para los notarios, el instrumento en cuestión ha de elaborarse en dimensión papel protocolado, llevar firmas o huella digital, certificación de la identificación de las partes, de la explicación a las partes, de la descripción de las cosas y demás pormenores que la Ley del Notariado exige que se deben observar en todo instrumento notarial. De

ahí que toda la información intercambiada por las partes por medios electrónicos, podría constituir la base de los acuerdos de las partes al celebrar un acto jurídico que, de exigir la intervención del notario público, ha de formalizarse -llevado a instrumento público- conforme a la ley que es la aplicable y que rige la actuación del notario al elaborar, autorizar, hacer circular y conservar el instrumento que es en dimensión papel, pudiéndose agregar al apéndice las impresiones que las partes le exhiban y reconozcan como las que se han intercambiado, lo que garantiza la autoría de las mismas. Mayores problemas exigiría el agregar al apéndice documentos -en su acepción más general- electrónicos como grabaciones de voz e imagen, ante el problema de archivarlos y reproducirlos, lo que sería materia ajena del todo a la ley protocolaria notarial en vigor.

Ley de firma electrónica avanzada de Chihuahua y sus implicaciones

Nos queda claro, además, que el legislador chihuahuense se ha quedado también corto al no armonizar la disposición contenida en el segundo párrafo del artículo 1728 Bis, con las disposiciones de la Ley de Firma Electrónica Avanzada de Chihuahua, debiendo haberse remitido a dicha Ley, o agregado, en el propio Código Civil de Chihuahua, la regulación relativa a lo que se considera mensaje de datos, firmante, emisor, destinatario o parte que recibe, fe-

cha electrónica, sistema de información, certificado electrónico o prestador de servicios de certificación, entre otros conceptos necesarios y convenientes, pues debió definir e incluir un similar entramado normativo como lo hizo el Código de Comercio para brindar certeza y seguridad jurídica a las relaciones convenidas por los particulares a través de medios electrónicos y otras tecnologías. Desafortunadamente, la reforma chihuahuense al introducir el numeral 1728 Bis fue insuficiente, no puede lograr lo que se propuso y se presta a innecesarias confusiones; pero más riesgoso aún, para los casos de tratos entre particulares sin intervención de fedatario, la forma electrónica de contratación prevista por el 1728 Bis es muy frágil, si no cuenta con los blindajes técnicos que garanticen la seguridad jurídica como uno de los *desiratum*s del Derecho, lo que sí hizo el Código de Comercio. Inspirarse sólo en el Código Civil Federal fue un despropósito, pues dicho cuerpo legal, en general sólo tiene aplicación supletoria a la materia federal y en la que no hay más notarios que los cónsules cuando actúan como fedatarios en su protocolo consular; por ende, el legislador no puede haber tenido en mente a un fedatario de régimen estatal.

Tampoco tomó en cuenta el legislador local al aprobar simultáneamente la Ley de Firma Electrónica Avanzada del Estado de Chihuahua, que dicha Ley definió

los principios que rigen la materia de la Ley, a saber, de neutralidad tecnológica, de autenticidad que es la certeza de que un mensaje de datos ha sido emitido por el firmante y por lo tanto le es atribuible su contenido y consecuencias jurídicas que del mismo se deriven por la expresión de su voluntad, de equivalencia que equipara la firma electrónica avanzada a la firma autógrafa y considera un mensaje de datos con igual valor a los documentos escritos y firmados por las partes, y de conservación que implica que puede existir permanentemente y ser susceptible de reproducción, entre otros.

Abundando un poco más, la Ley en comento prescribe que la firma electrónica avanzada tiene, respecto de la información consignada en un mensaje de datos, el mismo valor que la firma autógrafa respecto de los datos consignados en papel y, en consecuencia, tendrá el mismo valor probatorio que las disposiciones aplicables les otorgan a éstos -artículo 14 de la Ley- y será admitido como prueba en cualquier juicio. El mismo precepto establece en forma categórica: “Serán válidos los documentos con firma electrónica avanzada emitidos por las personas dotadas de fe pública”.

Finalmente, el numeral 36 de la Ley dispone que: “Los mensajes de datos tendrán plena validez, eficacia jurídica y obligatoriedad, así como valor jurídico y la misma eficacia probatoria que la Ley otorga a los

documentos escritos en soporte de papel y con firma autógrafa, cuando los mismos contengan la firma electrónica avanzada, de conformidad con los requisitos señalados por el artículo 19, salvo los casos que prevé la presente Ley”, de lo que se sigue “*a contrario sensu*” que los mensajes de datos electrónicos no tendrán plena validez, eficacia probatoria, obligatoriedad, ni el mismo valor jurídico, cuando no contengan la firma electrónica avanzada, exigencia y consecuencia que no contiene el ordinal 1728 Bis, el cual, por tanto, ha de considerarse sin aplicación posible en su redacción literal porque la norma especial que rige la materia de mensajes de datos electrónicos y su autenticidad y autoría es la Ley de Firma Electrónica Avanzada de Chihuahua, misma que en el precepto transcrito sólo exceptúa los casos previstos por la propia Ley, no así los previstos por el 1728 Bis del Código Civil del Estado.

Por ello, puede considerarse que el mejor camino hacia adelante, es crear y poner en práctica el sistema de firma electrónica notarial debidamente certificada, para el envío de copias certificadas al Registro Público de la Propiedad, aprendiendo de la experiencia que ya se vive en otras regiones de México. Así, el notariado del Estado de Chihuahua avanzaría hacia el uso de las nuevas tecnologías, hasta llegar al pleno protocolo electrónico, con las limitantes de tecnología y las que los usuarios de nuestros servicios podrían tener,

para quienes tendríamos que conservar en uso un protocolo tradicional. Porque esa realidad dual podría tener que existir en México hasta en tanto el uso de la firma electrónica avanzada sea absolutamente fiable, accesible y utilizable para todos nuestros usuarios.

Conclusiones

Primera. - La aplicación del artículo 1728 Bis por los fedatarios públicos no puede cumplirse sino dando satisfacción plena a las prescripciones y reglas notariales de elaboración, otorgamiento y autorización del instrumento público en los términos de la Ley del Notariado de Chihuahua.

Segunda. - Debe realizarse un trabajo legislativo que organice la normatividad legislada que aquí se estudia, para darle sentido, armonía y claridad a la lectura de las disposiciones que comentamos en los ámbitos Civil, Notarial y de Firma Electrónica Avanzada, apoyados en un estudio a fondo del derecho comparado en vigor en México.

Tercera. - La remisión al Código de Comercio debiera eliminarse y traer a la legislación civil, aquellos conceptos, definiciones y normas que complementen y armonicen todo el entramado jurídico materia de este estudio.

Cuarta. - Las conclusiones Segunda y Tercera anteriores, debieran atenderse a la mayor brevedad para realizar la mejora

de nuestra legislación Civil, Notarial y de Firma Electrónica Avanzada.

Quinta. - Es un acierto incursionar legislativamente en los medios electrónicos como forma de otorgar ofertas y aceptaciones por los particulares, siempre que la legislación revista de seguridad y confiabilidad a tales medios, de suerte que tengan al menos la fiabilidad de la forma tradicional escrita, por cuanto a su autoría, integridad, conservación y reproducción.

Sexta.- Es imprescindible que la legislación sujete a los medios electrónicos como forma de contratación, a un conjunto de principios claros y definidos, como el de neutralidad tecnológica y demás apuntados, que se informen en las mejores prácticas internacionales y garanticen la fiabilidad de tales medios y la certidumbre de la autoría de los pactos electrónicos.

Referencias

García, R. (2016). *Firma electrónica desde el punto de vista jurídico*. Porrúa.

Rico, F., Garza, P., Cohen M. (2019). *Tratado teórico práctico de derecho de obligaciones*. Porrúa.

Código Civil del Estado De Chihuahua. (1974). México

Código Civil Federal. (1928). México

Código de Comercio. (1889). México

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (1996)

Ley Modelo de comercio electrónico.

Ley de firma electrónica del Estado de Chihuahua. (2020). México