

Fernando Gomá Lanzón

NOTARIO DE MADRID

3.- Actas para el depósito informático y para la constancia de hechos tecnológicos.

Y en relación a dos tipos de actas: de Whatsapp y la (no posible) de conversaciones telefónicas

Con carácter general, creo que debemos evitar la tentación del *adanismo* a la hora de analizar el acercamiento del notario a las nuevas realidades tecnológicas. La mayor parte de ellas no requieren grandes reformas ni nuevos conceptos jurídicos ad hoc (por muy atractivo que resulte ese ejercicio), sino aplicar los que ya existen.

Resumo parte de una conferencia ofrecida en el Colegio Notarial de Madrid sobre este tipo de temas¹

A.- Actas de Whatsapp y aplicaciones similares.-

Hay notarios que ante una petición en tal sentido, contestan que ellos “no las hacen”. Estimo que es una respuesta incorrecta desde el punto de vista profesional, y no ofrece buena imagen del conjunto del cuerpo notarial a la sociedad.

Cuestión diferente es que tengan una complejidad jurídica y técnica añadida, que debería solventarse con una ayuda y guía extra y especial por parte del CGN y los Colegios: criterios, modelos, resolución de dudas, etc.

De hecho, tienen utilidades quizá inesperadas que se pueden incluso recomendar: ante una revocación urgente de un poder por

¹ Anales de la Academia Matritense del Notariado, número 58, 2017-2018

temer que se utilice de inmediato, se puede sugerir al revocante que envíe un mensaje al apoderado por Whatsapp añadiendo la copia simple de la revocación si, como es muy habitual es frecuente y habitual la comunicación por este medio entre los dos, y que se formalice acta de constancia de Whatsapp. No tengo dudas que sería aceptada como notificación válida por los tribunales.

Derechos fundamentales en relación con este tipo de actas:

¿Secreto de las comunicaciones? Es un derecho fundamental, recogido expresamente en el esencial artículo 18 de la Constitución. ¿Podría un acta notarial que hiciera constar contenidos de una conversación de whatsapp contravenir este derecho? No: y desde el punto de vista del notario ésta es la idea esencial, *no hay secreto para el emisor o receptor de una comunicación respecto de la propia comunicación*. Si uno de los participantes en una conversación por whatsapp hace público su contenido, nunca estará incumpliendo el derecho al secreto de las comunicaciones del otro interlocutor.

Derecho a la intimidad. Dice también el art 18 de la Constitución: *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

Es la Constitución la que por primera vez reconoce el derecho a la intimidad con carácter general y como derecho fundamental. Pero hay un problema: no está definido cuál es el contenido exacto de ese derecho. No hay en realidad un concepto legal de qué se entiende por derecho a la intimidad.

Está desarrollado, sí, en una *ley orgánica, la 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, pero, aunque en su artículo 7 da un elenco de lo que se consideran intromisiones ilegítimas de la intimidad, no lo define. Y tampoco hay un trazo claro de su perfil ni jurisprudencial ni doctrinalmente. De hecho, los autores dan multitud de definiciones de ella.

Esto es una dificultad importante para la labor notarial. Es obvio que en su desempeño profesional el notario tiene que respetar este derecho y rechazar las peticiones de actuación que supongan una intromisión ilegítima en la intimidad ajena, lo que podría ocurrir, quizá, con determinados contenidos del acta de whatsapp pretendida.

No obstante, el derecho a la intimidad tiene una doble faceta: la primera es la expectativa de que no se acceda ilegítimamente a los hechos o datos que son íntimos. Y la segunda, que los que hayan accedido a esos hechos o datos, aunque sea de manera legítima, no procedan a su difusión al público contra la voluntad o el interés del afectado.

El **primer supuesto**, acceso ilegítimo a los datos, no sería nunca posible en el ámbito notarial, porque ya hemos afirmado que en todo caso el que inste el acta ha de ser uno de los participantes en la conversación en virtud de la interpretación del secreto de las comunicaciones.

Más compleja de interpretar es la **segunda faceta** del derecho a la intimidad, la de evitar que personas que han conocido los hechos de manera legítima los difundan contra la voluntad de la persona a la que afecten.

En mi opinión no cabe desconocer un factor importante, como es que cualquier persona mínimamente informada es consciente de que lo que escribe o envía por mensajería electrónica ha quedado fuera de su control y es susceptible de ser divulgado por el o los receptores. Ocurre sin cesar en los grupos de whatsapp, y es algo que se puede decir que es notorio. Por tanto, alguien que pretenda conservar su intimidad no envía los datos por este sistema, y si lo hace, sabe a lo que se está exponiendo. No se trata de que haya prestado un consentimiento expreso a su divulgación pero me parece evidente que el emisor se ha representado que esa divulgación pueda producirse.

Y como argumento más concreto está el que el hecho de protocolizar notarialmente determinada información no implica revelación o divulgación de la misma. El TS (S. 27 de abril de 2000) explica la función que cumple el secreto protocolar, el cual impide que pueda hablarse de divulgación de información íntima, por el hecho de protocolizar esa información. El protocolo es secreto (art 274 del reglamento), y solamente tiene una publicidad restringida a personas con derechos adquiridos o con interés legítimo.

Para que un hecho se estime como divulgado es preciso que llegue a conocimiento normal de terceras personas y eso no ocurre con la protocolización notarial, sino con el uso del acta notarial que

pudiera hacer en el futuro el que la instó. Es a él a quien corresponde evitar la divulgación inadecuada, porque la actuación notarial no la implica por sí misma.

Por ello el notario deberá asegurarse previamente de cuál es la finalidad del acta, que no sirva para hacer constar hechos por mero cotilleo, para fines intimidatorios contra el afectado o contrarios a una ética básica. Pero un uso legítimo sí puede ser el relacionado con las que afecten a crisis matrimoniales o familiares. En esta línea, recordemos que por ejemplo el TS ha admitido que en acta se contengan manifestaciones relativas a la vida familiar del interesado con ocasión del proceso de ruptura matrimonial.

Una posible guía de actuación para estas actas:

1.- Solamente – en principio- puede requerir al notario para transcribir una conversación en Whatsapp alguien que haya participado materialmente en ella. No basta que sea propietario del terminal o titular de la línea telefónica

Todo lo cual deberá ser además expresamente manifestado en el acta. Y es que en este acta y en otras similares debe existir un apartado de manifestaciones previas de cierta amplitud.

2.- Para poder levantar acta, el requerimiento debe formalizarlo alguien con interés legítimo. El requirente deberá explicar la razón de que desee hacer constar ante notario conversaciones con otras personas, y esta razón ha de ser suficiente a juicio del notario y plasmada en el documento.

3.- Sugiero que en el acta se haga expresa mención a que el protocolo es secreto y que el acceso al contenido del mismo vía notarial es restringido y solamente puede obtenerse si se cumplen los requisitos establecidos por la legislación notarial, en especial las copias.

En definitiva, informar y advertir expresamente al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido, y que a él incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales, y de hacer un uso adecuado de los mismos.

4.- Aparte de las manifestaciones, hay que hacer una serie de comprobaciones técnicas:

Que la línea de teléfono pertenece al requirente, exhibiendo por ejemplo la factura telefónica.

Llamar a ese número para verificar la línea.

Identificar correctamente el terminal que se nos presenta, haciendo constar el llamado IMEI que es un número único y exclusivo para cada terminal.

Identificar el número de la tarjeta SIM si se estima necesario.

Cuáles son los números de teléfono que están teniendo la conversación de WhatsApp entre sí. Etc.

Y hago una propuesta, para esta acta y otras muchas similares: que el Consejo General del Notariado remita con carácter periódico información actualizada sobre este tipo de comprobaciones tecnológicas tanto en las actas de Whatsapp como en las que indicaré después, de modo que todos los notarios estemos al día, tengamos una actuación homogénea y podamos dotar a todas estas actas del adecuado nivel tecnológico en este sentido.

5.- Como en cualquier acta de transcripción de textos, habrá de cuidarse de que se incluya en ella todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido, sin hacer aceptar la posible pretensión del requirente de hacer constar solamente parte, si eso puede tergiversar el sentido del conjunto. Evitar la descontextualización.

6.- Se puede hacer constar no solamente los textos, sino imágenes, video o audios, siempre que aparezcan en ellas los que están en la conversación, o no estando ellas, razonablemente no atenten contra la intimidad o el honor de ninguna persona, y se tenga interés suficiente en reflejarlas.

7.- Whatsapp es un medio de comunicación manipulable, ciertamente. Se puede técnicamente hacer aparecer un mensaje como enviado a otro número, o recibido de él, que no existe o tenía un contenido diferente. Y lo que es peor, en muchas ocasiones puede resultar extremadamente difícil detectar la manipulación

Esta vulnerabilidad tecnológica ha llevado a que la admisión como prueba en juicio de los mensajes de WhatsApp haya sido y siga siendo muy variable. Hay instancias judiciales y sentencias que los han admitido, en especial, aunque no sólo, en el ámbito laboral, y en otras instancias, en cambio, en muchas ocasiones de tipo penal, ha sido rechazada por la innegable manipulabilidad del sistema.

En este sentido no puede dejar de citarse la STS 300/2015 , de 19 de mayo (Sala de lo Penal), que aunque no se refería a Whatsapp sino a la red social Tuenti y lo que se aporta son unos pantallazos, declara, en frases que ya son clásicas en esta cuestión: *"la prueba de una comunicación bidireccional mediante cualquiera de los múltiples sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas. La posibilidad de una manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa ese intercambio de ideas, forma parte de la realidad de las cosas."*

Sienta la doctrina de que este tipo de pruebas deben ser analizadas de forma pormenorizada debido a la facilidad que existe para ser manipuladas, pero eso no significa que deban rechazarse de plano.

La ley no obliga al juez a dar por probados los hechos que surjan de una prueba electrónica, salvo que se trate de un documento público electrónico. Pero que cualquier prueba electrónica pueden en principio desplegar efectos para acreditar un hecho relevante en el proceso. Otra cosa es la verosimilitud o eficacia probatoria que el juez otorgue a una concreta prueba digital de conformidad con las reglas de la sana crítica, y añade que la prueba pericial tiene en este ámbito una especial relevancia. Y otro factor que hay que considerar es la postura procesal de las partes, si ha existido impugnación de la prueba y el fundamento de dicha impugnación.

Y añadido, desde una perspectiva más concretamente notarial una serie de ideas sobre esa manipulabilidad, cierta, pero no impeditiva para el otorgamiento del acta:

a.- Los mensajes de whatsapp, conforme al artículo 3 de la ley 59/2003 de firma electrónica, tienen el valor de documentos privados, y si no es impugnado tiene fuerza probatoria apreciable por los tribunales. Por tanto, es un material apto para ser objeto del acta.

b.- El que sea posible su manipulación no significa que se haya manipulado de manera efectiva. La manipulación no es tan sencilla ni está al alcance de todos. Si el acta va a juicio y se impugna el contenido de los mensajes, se acabará o no aceptando como prueba tras un posible peritaje, pero es algo que está más allá de nuestra función y que no nos concierne. Lo que nos concierne es hacer bien nuestro propio trabajo.

c.- El Código Penal. Aunque se suele decir que la falsedad ideológica de los particulares está despenalizada, ello no es totalmente cierto. Sí lo está respecto de las manifestaciones que efectúe en un documento público si falta a la verdad en la narración de los hechos (solo es delito si lo hace una autoridad o funcionario, art. 390 Código Penal).

Pero existe también el delito que consiste en suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho (art. 390.1.3º) en el cual podría en mi opinión encajar la manipulación de los mensajes de WhatsApp. Pues bien, la comisión de este delito por un particular en documento privado está penado con pena de prisión de seis meses a dos años (art. 395).

Sin embargo, si se comete en documento público, como es el acta, la pena aumenta: de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses (art. 392.1). Recordemos que a partir de una condena a más de dos años, el ingreso en prisión es inevitable, no así por debajo (art. 80.1).

En definitiva, desde el punto de vista penal no es indiferente que se otorgue un acta, documento público, o que se presenten meros pantallazos en el juzgado, que son documentos privados, en el caso de que el contenido esté manipulado: la responsabilidad penal que asume el requirente es notablemente superior en el caso del acta notarial y no sobraría que se informara en el acta de esta circunstancia.

Y parece muy conveniente, casi imprescindible que el requirente declare expresamente en el propio acta que no ha manipulado en absoluto el contenido de la conversación.

De lege ferenda: en el estado actual de la tecnología debería permitirse legalmente que reuniones de órganos como Junta de socios o consejos de administración se pudieran celebrar, en determinados casos y por permitirlo los estatutos, a través de whatsapp o similares, con los mismos efectos que las presenciales. Ello ahorraría infinidad de costes, ineficiencias y retrasos: de convocatoria, de plazos hasta la celebración, de desplazamientos, etc.

* Permitir los estatutos que por acuerdo unánime de los socios en una junta se establezca la posibilidad de esta forma de celebrar juntas en el futuro, y se identifiquen los teléfonos de cada socio que formarán parte del grupo de Whatsapp y demás condiciones y limitaciones que se quieran poner.

* Que el acuerdo para que una concreta junta se celebre así, con su concreto orden del día, sea también unánime (a través de aceptación de esta circunstancia en el propio grupo de Whatsapp). Así no hay posibilidad razonable de impugnaciones.

Para muchas reuniones sencillas en las que se trata nada más de votar, es una solución muy eficiente, máxime si se combina con un acta notarial de constancia de Whatsapp, que actuaría a modo de sui generis acta notarial de junta.

b.- El acta por la que se solicita al notario que haga constar el contenido de una conversación telefónica. O, cabría decir, el no-acta, porque está prohibida con carácter general por el artículo 198 del Reglamento: *“El requerimiento para levantar el acta no podrá referirse en ningún caso a conversaciones telefónicas”*. Pero, ¿cuál sería la razón de esta prohibición absoluta? Apliquemos los instrumentos de análisis:

No puede ser la protección al secreto de las comunicaciones porque, como hemos indicado antes, no hay secreto entre los integrantes de la conversación, por lo que uno de ellos podría, en cuanto a este derecho constitucional, legítimamente requerir al

notario para que levantara acta. Pero la prohibición del reglamento notarial es general y sin matices.

Tampoco podría tener su causa en el derecho a la intimidad. El contenido de la conversación puede no ser íntimo o personal, quizá sea meramente profesional o incluso de algún tema banal y por tanto alejado de la específica protección constitucional, y aun así no podría levantarse acta notarial.

Hay que buscar la razón en otro lugar, no en la protección a los derechos reconocidos en el art. 18 de la CE; sino en cuál ha de ser la adecuada manera de actuar del notario. Es decir, es una cuestión de buena praxis profesional, o si se prefiere, de una aplicación concreta del concepto de licitud de la actuación notarial previsto en el art. 198 del reglamento.

+ Una de las razones de esa prohibición sería la inseguridad acerca de quién está hablando realmente desde el otro lado de la línea telefónica, cuya identificación parecería siempre necesaria.

+ Y otra razón, importante, es que el notario debe actuar siempre, “de frente”, digámoslo así, no caben actuaciones clandestinas o sinuosas, como dice la DGRN. Así el artículo 198 establece que, antes de iniciar cualquier diligencia, siempre se ha de identificar como notario en funciones. Y siendo como es un acta de presencia y manifestaciones, el notario debería identificarse a todos los interesados. Pero, aun haciéndolo, el interlocutor que está al otro lado del hilo telefónico nunca podría estar seguro de que realmente hay un notario actuando, ni pedirle, si así lo quisiera, la documentación que le acredita como tal, o las aclaraciones o explicaciones que tuviera por conveniente.

Todo lo expuesto nos lleva a que tampoco sería admisible en mi opinión levantar acta de una grabación de una conversación telefónica previa, transcribiendo su contenido. No sería propiamente un acta de manifestaciones sino de exhibición de documento y transcripción, pero participa de las mismas objeciones que el acta misma de conversación por teléfono.

Pero, por el contrario, sí sería admisible un acta de conversaciones por videoconferencia si razonablemente se puede proceder a la identificación tanto de los participantes como del notario. Así lo piensa Valerio Pérez de Madrid, y lo creo también yo.

