

# Nueve años de biometría en el Perú: La fe de identificación en la encrucijada\*

## *Nine years of Biometrics in Peru: The Fate of Identification at the crossroads*

Juan Carlos Peralta Castellano\*\*

### RESUMEN

*En la presente investigación se analizan multidisciplinariamente los sistemas de identificación biométrica y su papel en la identificación de las personas, examinando tanto sus principios y origen científico como sus cualidades y limitaciones. Para el efecto, paralelamente se estudiará la constitucionalidad y efectos de las normas que sucesivamente se han ido aprobando en el Perú sobre la obligatoriedad bajo sanción de la consulta biométrica por los notarios, que en la práctica determina la preponderancia del resultado de un test automatizado sobre la fe de identificación notarial.*

*Por último, y tomando como marco teórico las más recientes investigaciones especializadas en el campo de la identificación biométrica, en las cuales se advierte del peligro de la atribución de infalibilidad a sistemas de identificación automatizados, se concluye sobre las consecuencias que para la función notarial y la seguridad jurídica depararía esta atribución por parte de los órganos de control y autoridades peruanas.*

**PALABRAS CLAVE:** *Biometría, identidad, fe de conocimiento, fe de identidad, notario, jerarquía normativa de Kelsen.*

### ABSTRACT

*The investigation of this research paper analyzes multidisciplinary biometric identification systems and their role in the identification of persons examining both principles and scientific origin, with their qualities and limitations. In parallel it also examines the constitutionality and effect of regulations that have been adopted in succession in Peru on the obligation under sanction of biometric consultation by the notaries. In practice, this determines the preponderance of the result of an automated test on the validity of the notarized certificate. Finally, and taking as a theoretical framework the most recent research specialized in the field of biometric identification, the danger of the attribution of infallibility to systems of automated identification is warned. The paper concludes with the consequences of this attribution applied by supervisory bodies and the Peruvian authorities for the notarial function and legal security.*

**KEY WORDS:** *Biometrics, Identity, knowledge certificate, identity certificate, notary, Kelsen's normative hierarchy.*

\* Recibido: 30 de enero de 2015. Aprobado: 10 de marzo de 2015.

\*\* Notario en la Ciudad de Lima y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú.  
(notariap@ec-red.com)

## SUMARIO

1. Introducción
2. *Vučetić's Anatomy*: la biometría al servicio de la ley
3. La biometría en el Perú
4. La fe de identificación, el notario y la biometría
5. Kelsen *upside down*: la Directiva 44-2013-JUS/CN
6. A modo de conclusión
7. Adenda

## 1. Introducción

Para efectos de este trabajo, tomaremos la definición de Sherman: se entiende como biometría a “la medición y análisis de características físicas o de comportamiento únicas (como las huellas dactilares o los patrones de voz) especialmente como medios para verificar la identidad personal”.<sup>1</sup>

Si bien la biometría tiene un origen y una base científica, no es en sí una ciencia, sino una técnica de medición. Analiza o mide una característica física o de comportamiento considerada única; es decir, de la cual se haya comprobado científicamente que no se repite en ningún otro ser humano, ni siquiera en los gemelos idénticos: desde las huellas dactilares, el iris del ojo y el rostro, hasta la disposición de las venas de los dedos, la voz y el aliento. Para que una característica humana pueda ser aceptada para efectos biométricos, debe reunir ciertos requisitos:<sup>2</sup> universalidad, todos los seres humanos deben tenerla, por ejemplo el iris en los ojos o las huellas dactilares (exceptuando casos muy particulares de mutilación); peculiaridad (*distinctiveness*), es decir, una cualidad específica, no debe haber dos personas con muestras iguales; performance, es decir, debe ser invariable en un determinado período de tiempo, si bien las huellas dactilares sufren muy leves cambios y con la edad pueden hasta deteriorarse, es claro que sus características distintivas, las que permiten diferenciarlo de cualquier otra impresión dactilar humana, se mantienen a lo largo de la vida. Por último, debe ser coleccionable [*collectability*], es decir, que las muestras puedan ser tomadas de las personas de una manera al menos tolerablemente invasiva.

<sup>1</sup> SHERMAN, DARCIÉ. *Biometric Technology: The Impact on Privacy*, en: *Comparative Research in Law and Political Economy*, Universidad de York, Reino Unido, 2004, p. 2.

<sup>2</sup> PRASANALAKSHMI, BALAJI Y KANNAMMAL, SAMPATHKUMAR. *Biometric Methods - A Secure Survey*, Bharathidasan University, India, 2008, p. 1.

La razón de esta medición y análisis es poder diferenciar a una persona de las demás. Esta diferenciación puede requerirse por diversos motivos; el principal —y sobre el que trata la presente investigación— es establecer la identidad de esa persona.

## 2. *Vučetić's Anatomy*: la biometría al servicio de la ley

Desde tiempos inmemoriales, el hombre ya tenía la idea de que las impresiones dactilares eran únicas. Inclusive, los escribas de Persia y Babilonia “firmaban” sus tablillas de barro grabando al final sus impresiones dactilares. Faltaba el estudio científico que demostrase esta unicidad.

Cuando, en 1892, el antropólogo argentino nacido en Croacia, Iván Vučetić —luego castellanizado como Juan Vucetich— investigaba el cruel homicidio de dos niños por sendos cortes en la garganta, tuvo la oportunidad de poner en práctica sus teorías y estudios respecto a la unicidad de las impresiones dactilares humanas. En la investigación efectuada por la policía de La Plata se obtuvo, en un lugar de la escena del crimen accesible sólo para el asesino, la impresión dactilar en sangre del pulgar derecho de una persona. Con ayuda de Vucetich se pudo establecer que esta impresión dactilar pertenecía nada menos que a la madre de los niños, quien resultó ser la asesina. Así, Francisca Rojas se convirtió en la primera persona en el mundo en ser condenada a partir de la evidencia de sus huellas dactilares.

Gracias a esta experiencia criminológica, Vucetich presentó dos trabajos en congresos médicos mundiales: *Instrucciones generales para el sistema antropométrico e impresiones digitales* (1894) y *Dactiloscopia comparada* (1904), en los cuales demostró científicamente que no existen dos seres humanos —así fuesen gemelos idénticos— con huellas dactilares idénticas, y creó el sistema de clasificación con lo que llamó arcos, presillas internas, presillas externas y verticilios.

Estos trabajos le valieron premios y distinciones en todo el mundo. Aún ahora, con las investigaciones que han enriquecido el conocimiento sobre el tema durante más de un siglo, la identificación de impresiones dactilares y el mismo sistema automatizado AFIS sigue basándose en los rasgos y clasificación creadas por Vucetich. Durante siglos, el hombre había buscado un método suficientemente fiable de identificación de las personas con base en sus rasgos. Muchos métodos anteriores, como el de Alphonse Bertillon y su llamado *portrait parlé* (el registro de las medidas de diversas partes del cuerpo) habían fracasado. Ahora, por primera vez, se tenía la herramienta correcta.

Ya en los años sesenta, el FBI estadounidense, la *Police* de Francia y la Policía Nacional Japonesa iniciaron simultáneamente procesos para desarrollar

algoritmos que permitieran la creación de un sistema automatizado de identificación de impresiones dactilares, en el cual una computadora pudiese asistir –y de ser posible reemplazar– los procesos de clasificación, búsqueda y comparación (*match*) de las cartillas de impresiones dactilares de delincuentes e investigados que estaban en poder de la policía. Se preveía que con el incremento de la población se haría inviable, con el tiempo, la comparación manual que hasta entonces tenía que efectuarse.

Entre 1969 y 1979, el FBI, con la colaboración de empresas privadas, desarrolló los primeros algoritmos informáticos de tomas de muestras y comparación. Procesó y comparó –con la limitación de las computadoras de la época– 15 millones de impresiones dactilares de delincuentes que obraban en los registros policiales.<sup>3</sup> El programa resultante fue denominado AFIS, por las siglas en inglés de Sistema Automático de Identificación de Impresiones Dactilares (*Automated Fingerprint Identification System*). Al inicio, fue comercializado a nivel del sector privado, hasta que poco a poco los departamentos de policía empezaron a adquirirlos. En 1983 se crearon, en la Policía de San Francisco, las unidades CSI, *Crime Scene Investigations*, y se normó la obligatoriedad de que la policía notificase a su central si alguna escena de crimen podía implicar la posibilidad de impresiones dactilares en ella. Para 1984, el rango de identificación de delincuentes en escenas del crimen se había triplicado, y en 1988 la tasa de robos había bajado 26%. Desde 1999, se integraron las bases de datos en el sistema AFIS estadounidense, con los datos de 64 millones de personas en total.

El proceso se podría resumir de la siguiente manera: se toma una imagen de la huella dactilar, mediante su impresión en tinta o tomada directamente con un escáner digital. Para obtener la huella dactilar basta con poner el dedo sobre el escáner unos segundos. Los sistemas más avanzados, para impedir que se utilice un dedo falso o cortado, pueden verificar la existencia de fluido sanguíneo en el dedo o la correcta alineación de los surcos de la huella.<sup>4</sup> El sistema convierte la imagen obtenida en una imagen puramente a blanco y negro, eliminando los grises para hacer una imagen más precisa; se le llama eliminar el ruido. Gracias a esta mejora de la imagen, pueden ubicarse las características particulares de la huella dactilar, llamados *minutiae*: verticilios, arcos, presillas, patrones de crestas y surcos. Esta información obtenida a partir de la imagen es procesada, y las *minutiae* son mapeadas, es decir, ubicadas con precisión en el mapa de la huella dactilar. Para que el proceso pueda hacerse

<sup>3</sup> MOSES, KENNETH R. *Automated Fingerprint Identification System*, en *National Institute of Justice, Fingerprint Sourcebook*, Estados Unidos de América, 2011.

<sup>4</sup> PRASANALAKSHMI, BALAJI y KANNAMMAL, SAMPATHKUMAR. *Biometric Methods - A Secure Survey*, Bharathidasan University, India, 2008.

más corto, este mapa de características únicas es convertido —podríamos decir “traducido”—, a través de muy complicados algoritmos,<sup>5</sup> a una serie de caracteres alfanuméricos. Esta serie de caracteres contiene todas y cada una de las características peculiares de una huella dactilar determinada. El sistema, al momento de comparar una impresión dactilar con la imagen que se encuentra en su base de datos, ya no compara dos imágenes. Compara, en cambio, una serie de caracteres con otra. Esto es, justamente, lo que permite a los sistemas actuales comparar un millón de huellas dactilares en un minuto.

Es un sistema de una apreciable precisión, pues compara una característica biométrica estable, como las huellas dactilares, y permite agregar a la base de datos múltiples dedos para hacer aún más exacta la investigación. El Perú, como veremos más adelante, está pasando de la identificación bi-dactilar (dedos índice derecho e izquierdo) a la mucho más confiable decadactilar (los diez dedos de la mano), merced al DNI electrónico. Actualmente, los sistemas de verificación de identidad de las autoridades migratorias estadounidense (INS) y del Acuerdo Schengen europeo (SIS por *Schengen Information System*) utilizan la identificación decadactilar.

La precisión del sistema dependerá de la claridad de las imágenes, del grado de correspondencia en la comparación de la muestra obtenida con la imagen existente en la base de datos y del algoritmo utilizado.

Existe una serie de algoritmos informáticos que paralelamente se pueden utilizar, dependiendo del programa, para asegurar una mayor exactitud en la detección. Algunos, llamados de detección, que pueden detectar si lo que se está insertando es un dedo real o falso; los de captura automática, que pueden captar varias imágenes de la huella a alta velocidad y, al mismo tiempo, escogen cuál de ellas es la mejor para la detección; los de detección de vitalidad detectan si el dedo corresponde a un ser vivo y no está, por ejemplo, cortado del resto del cuerpo;<sup>6</sup> los de compresión de imagen de datos, que reducen el espacio de las huellas en disco; los de *proceso*, que mejoran las imágenes obtenidas; los de *comparación*, que se encargan de comparar una huella dactilar con otra; y los algoritmos llamados criptográficos, que establecen comunicaciones seguras entre la terminal donde se toma la muestra y la base de datos donde se efectuará la comparación.

<sup>5</sup> La explicación de los algoritmos y fórmulas matemáticas utilizados excede obviamente el objetivo del presente ensayo, pero puede verse extensamente en: CHEN, CHENG-JEN y VELDHIJS, R. N. J. *Biometric Binary String Generation with Detection Rate Optimized Bit Allocation*, Universidad de Twente, Países Bajos. 2008.

<sup>6</sup> Un caso muy famoso de fraude al seguro en el Perú fue el caso de una familia que en los años noventa ocultó la muerte de un familiar. Le cortó el dedo al cadáver y lo utilizó sistemáticamente para fingir su supervivencia imprimiendo la huella dactilar en formularios físicos. Fue antes de la época de identificación biométrica, pero se han dado casos en la jurisprudencia mundial de utilización de dedos cortados en escáneres de identificación.

Por último —y esto se verá con más detalle en los subcapítulos sobre la experiencia biométrica notarial peruana—, existen desventajas en este sistema. La precisión de la identificación biométrica AFIS, con todos sus logros, aún dista de ser perfecta. Existen falsos negativos y falsos positivos en rangos variables según los algoritmos utilizados, pero se puede establecer un promedio de precisión de 70 a 80%.<sup>7</sup> Inversamente, existen las posibilidades de perder una identificación, aunque el equivalente esté en la base de datos, de 25%.<sup>8</sup> Entre las principales causas está la calidad, estado o limpieza del escáner con el que se toma la muestra por comparar en la base de datos; o la mala calidad de las huellas dactilares de la persona, sea por su avanzada edad, por padecer de alguna enfermedad en la piel o porque la persona acostumbra manipular determinados químicos que van invariablemente borrando la impresión dactilar.

### 3. La biometría en el Perú

El autor de esta investigación, entonces registrador de la propiedad, participó en el primer proyecto a gran escala en utilizar la biometría: la modernización de los registros públicos de 1996. El sistema registral peruano había ya pasado, desde los años setenta, del sistema de inscripción manual en tomos a la inscripción en fichas físicas de cartulina, las cuales estaban ordenadas por rubros (a modo de ejemplo, en el registro de predios los rubros eran: descripción del predio: numeración, áreas, linderos, declaraciones de construcción; transferencias de propiedad; cargas y gravámenes; y anotaciones del registro personal como podían ser divorcios o interdicción), a diferencia de los tomos en los cuales había que escribir los asientos uno a continuación de otro, sin distinción de rubros.

En 1996, la recién creada Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Sunarp, con apoyo del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD, procedió al escaneo en imagen digital de todos los tomos y fichas existentes en todos sus registros, ordenando, en una tarea sin precedentes, estas imágenes digitales en programas que podrían efectuar la búsqueda por rubros, y, al mismo tiempo, se definía cómo se iba a inscribir digitalmente de entonces en adelante. La partida registral sería, a partir de entonces, electrónica, a las cuales se sumarían las imágenes ya escaneadas. Por lo tanto, los nuevos asientos se inscribirían electrónicamente y no en físico.

<sup>7</sup> MOSES, KENNETH. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>8</sup> *Ibidem.*

Al momento de definir el proyecto, debía decidirse cuál sería la manera idealmente segura de identificar electrónicamente al registrador para esta inscripción digital; en otras palabras, cuál de los métodos existentes de firma digital se utilizaría. Se evaluaron pares de claves secretas, la tarjeta electrónica con chip y clave, entre otras opciones. La Sunarp decidió que la identificación biométrica por impresión dactilar mediante un escáner sería la manera más segura de confirmar la identidad del registrador y de su voluntad indubitable de inscribir el título.

En la primera reunión que el cuerpo de registradores tuvimos con las autoridades de la Superintendencia, uno de los presentes manifestó su preocupación sobre el riesgo de que una banda de delincuentes secuestrase a un registrador para cortarle el dedo y con ello proceder a inscribir títulos a diestra y siniestra. Jamás pasó algo así y su observación no fue tomada muy en serio; pero más allá de la anécdota, su preocupación sí ha sido objeto de estudio por parte de los fabricantes de escáneres y de sistemas de seguridad. Actualmente, hay modelos que no sólo verifican la huella dactilar, sino que haya flujo de sangre en el dedo para confirmar que se trate efectivamente de la extremidad de un ser vivo.

Se tomaron mediante escáneres las muestras de las impresiones dactilares de los dedos índices derecho e izquierdo de los registradores, y se instalaron en cada una de las secciones registrales, tanto para registradores como asistentes registrales, terminales de computadoras con pantallas de 28 pulgadas —a fin de revisar el íntegro de la partida de un solo vistazo y con la suficiente resolución y claridad— conectadas. En el caso de los registradores, a escáneres a través de los cuales, al momento de decidir la inscripción de un título, el registrador pondría su dedo índice derecho sobre el lector, conectado al sistema de inscripción registral (SIR) y efectuaría la comparación biométrica uno-a-uno. Es decir, compararía la huella dactilar puesta por el registrador en el momento de la inscripción con la existente en su base de datos, con el fin de identificarlo plenamente. No se escatimó en la calidad de las terminales de computadora ni en la de los escáneres. En un primer momento se requirieron varias recalibraciones, tanto en los algoritmos del programa como en la resolución de las imágenes de las huellas, pues al inicio hubo un porcentaje importante de falsos negativos en los cuales el sistema no reconocía la huella como la del registrador. En aquella época, el sistema de identificación peruano aún no contaba con la información dactilar informatizada de sus ciudadanos; por tanto, el sistema de identificación biométrica de los registros públicos, como ahora, era un sistema de identificación interno y exclusivo.

El sistema de inscripción, brevemente descrito, era así: el título (el parte de una escritura pública de compraventa inmobiliaria enviado por una notaría,

por ejemplo) era recibido en físico por el asistente registral, quien revisaba en la pantalla la partida electrónica con sus antecedentes ya escaneados en imagen digital, con el fin de proteger los principios registrales (prioridad, tracto sucesivo, y demás). En caso de decidir que correspondía la inscripción del título, redactaba en la computadora el proyecto del asiento registral que se agregaría a la partida electrónica. Luego, pasaba electrónicamente su trabajo a la terminal del registrador para su calificación final.

El registrador recibía el trabajo del técnico y procedía a efectuar la calificación del título. Podía no coincidir con la decisión del asistente y considerar que, en vez de inscribir, debía observarse el título o que sí correspondía la inscripción, pero el asiento debía estar redactado de otra forma. En tal caso, podía devolver electrónicamente el trabajo al asistente para su corrección, o corregirlo él mismo. En todo caso, si el registrador decidía inscribir, debía acceder al proyecto de asiento registral y proceder a *firmarlo* poniendo su dedo índice derecho en el escáner. Una vez que el sistema reconocía la huella dactilar como la del registrador, el asiento registral era firmado electrónicamente. Era automáticamente grabado en un archivo inalterable en discos ópticos WORM<sup>9</sup> en el servidor central y para indicar la culminación de este proceso, aparecía la imagen de la firma y el sello del registrador al final del asiento. Obviamente, esta imagen no es la firma, sólo la representa. La firma electrónica está en realidad constituida por los códigos internos que se agregan digitalmente a la imagen y que demuestran que en su momento el registrador aprobó con su impresión dactilar la inscripción.

Desde entonces, el registro ha ido inscribiendo electrónicamente las partidas, pero siempre dentro de un sistema de identificación interno. Poco después, el sistema de identificación peruano llevaría a cabo un programa sin precedentes.

Desde hacía ya muchas décadas, las impresiones dactilares que los ciudadanos peruanos registraban, al momento de inscribirse en su mayoría de edad, se archivaban en tarjetas físicas cuyos originales estaban en custodia del Jurado Nacional de Elecciones. Éste llevaba entonces la doble misión de organizar los procesos electorales y expedir el documento de identidad, entonces llamado libreta electoral, es decir, “documento que sirve para votar”. En 1995, como parte de la reestructuración y modernización del Estado peruano, se crea el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Reniec, como la entidad encargada de “organizar y mantener el registro único de identificación de las

<sup>9</sup> Siglas en inglés de *Write Once - Read Many*: “Escribir una vez - Leer varias veces”. Se trata de discos ópticos de alta seguridad que no permiten sobreescritura ni ningún tipo de alteración. El sistema las guarda en dos juegos, uno en uso de la Sunarp y el otro en bóvedas bancarias.

personas naturales e inscribir los hechos y actos relativos a su capacidad y estado civil”. Desde el inicio, se visualizó su futuro informatizado: “con tal fin desarrollarán técnicas y procedimientos automatizados que permitan un manejo integrado y eficaz de la información”.<sup>10</sup> La Reniec toma el control de los archivos del Jurado Nacional de Elecciones y procede gradualmente a informatizarlos, pasando toda la información existente en fichas digitales que podían ser consultadas *online* por las autoridades y notarios.

La antigua libreta electoral, documento inseguro, de cartulina con fotografías pegadas y burdos sellos fácilmente falsificables, cambió gradualmente, hasta su eliminación total en 2004, por el nuevo documento nacional de identidad. Para ello, los ciudadanos peruanos tuvieron que reinscribirse en las oficinas de la Reniec, actualizando sus fotografías, imprimiendo las huellas dactilares de los índices derecho e izquierdo<sup>11</sup> en escáneres especiales y firmando en *pads* electrónicos. Existía inclusive el servicio sin costo del empadronamiento a domicilio para las personas que tuvieran dificultades de movimiento.

Durante el período de la reinscripción, las fichas digitales de los ciudadanos que aún no habían actualizado sus datos aparecían con los espacios destinados a la firma, la huella dactilar y la foto en blanco. Se hicieron campañas para la reinscripción, o primera inscripción, de los peruanos que vivieran en tribus alejadas y aisladas de la Amazonia. Para el primer semestre del 2014, 98.3% de los peruanos se encuentran documentados.

En el año 2006, es decir, diez años después de la experiencia registral, el Reniec, como institución encargada de la expedición de los documentos nacionales de identidad y que paralelamente centraliza los registros de nacimientos, matrimonios y defunciones a nivel nacional, adquirió el Sistema Automático de Identificación de Impresiones Dactilares, AFIS, desarrollado por la empresa Morpho. Esto con la finalidad primaria de detectar duplicidad de inscripciones, suplantaciones e identificaciones fraudulentas, así como, en un futuro, con la base de datos completa, identificar a personas cuya identidad se desconozca (llamados N.N.).<sup>12</sup> Con esa herramienta, gradualmente empezó a procesar las impresiones dactilares obtenidas digitalmente en la reinscripción para el documento nacional de identidad. Dado que se tomaron los dedos índices derecho e izquierdo, el sistema de identificación biométrica peruano es bi-dactilar.

<sup>10</sup> Ley 26497 de Creación del Reniec.

<sup>11</sup> En caso de no tener alguno, o ninguno, de esos dedos, o en caso de tener estas huellas deterioradas, se tomaba la imagen de algún otro dedo que sirviese de muestra.

<sup>12</sup> RENIEC. Informe Técnico de Estandarización del *Upgrade* del AFIS, Lima, 2013. Disponible en: <http://www.reniec.gov.pe/Transparencia/intranet/imagenes/noticias/comunicado/INFORME-TECNICO-RS-011-2013-SGEN.pdf>

Se dieron entonces las tres fases de la inscripción. La llamada matriculación, es decir, enrolar a todos los ciudadanos peruanos con la finalidad de inscribirlos y tomar sus datos tanto personales como biométricos; una vez tomados estos datos, el sistema podría efectuar comparaciones uno-a-uno, es decir, confirmar si una huella corresponde o no a una persona determinada, que es, como veremos, la comparación utilizada en los oficios notariales. Y, por último, la identificación 1:N, es decir, comparar una determinada huella con el íntegro de la base de datos, con el fin de averiguar a quién pertenece.

Actualmente, con un costo de aproximadamente 16 millones de dólares,<sup>13</sup> se está procediendo a la actualización del sistema AFIS del Reniec. El DNI electrónico, que ha entrado en uso progresivo desde el 2014 (en una primera etapa es sólo para los jóvenes de 18 años que reciben su DNI por primera vez y para los funcionarios del Estado con sus familias), implicará una identificación decadactilar, es decir, con el registro y la comparación de los diez dedos de las manos. A ésta, se agregarán los datos biométricos del rostro de la persona, a fin de poner en funcionamiento algoritmos para la identificación facial, lo cual implicará una mayor seguridad para reducir los falsos positivos y falsos negativos al momento de la identificación.

Actualmente, la identificación del sistema AFIS del Reniec es utilizado por una gran cantidad de instituciones y empresas: desde los bancos, los cuales lo utilizan para verificar la identidad de los clientes que van a solicitar apertura de cuentas o duplicados de tarjeta, para evitar suplantaciones,<sup>14</sup> hasta los juzgados. Por su parte, éstos han implementado, desde el 2008, que el control de asistencia obligatoria mensual a los juzgados, de las personas que cuentan con libertad condicional, ya no sea mediante la firma de un libro físico, sino mediante la lectura de las huellas dactilares en un escáner ubicado en el juzgado.

En 2008, la biometría, el AFIS y la fe notarial cruzaron caminos, y la fe de identificación no volvió a ser la misma.

<sup>13</sup> Véase Resolución Jefatural 293-2013-JNAC/RENIEC del 17 de setiembre del 2013.

<sup>14</sup> Un caso muy reciente de abril del 2014 es el de una joven que perdió su billetera con su DNI original, el mismo que fue utilizado por delincuentes para tramitar y obtener en el banco un duplicado de su tarjeta de ahorros con el cual vaciaron sus cuentas. El Banco tuvo que asumir la pérdida por su negligencia, dado que la empleada que recibió el formulario de solicitud firmado y con la impresión dactilar del suplantador no se dio cuenta de que no se trataba de la titular, así se le haya presentado un DNI auténtico.

El COMERCIO. "La suplantarón en el banco y le robaron US \$46.500", en *El Comercio Lima* [En línea], 2014. Disponible en: <http://elcomercio.pe/lima/ciudad/suplantaron-banco-y-le-robaron-46500-dolares-noticia-1723862>.

#### 4. La fe de identificación, el notario y la biometría

La primera ley del notariado en el Perú fue la Ley 1510 del 15 de diciembre de 1911. En su artículo 44 se establecía la preeminencia de la llamada fe de conocimiento sobre la fe de identificación: “La introducción debe expresarse: 6° La Fe de conocimiento de los otorgantes, de los testigos, de los intérpretes [...]; 7° La comprobación de identidad de la persona por dos testigos, vecinos y conocidos, si el notario no tiene conocimiento anterior de alguno de los interesados”.

Esta primera ley del notariado ponía el protagonismo en la llamada fe de conocimiento, que definiremos como la autoridad que la ley acuerda al notario para certificar la identidad de una persona que comparezca ante él. Es decir, se suponía, en el Perú de los años diez –con una población de aproximadamente seis millones de habitantes, mayoritariamente rural,<sup>15</sup> y sin documentos nacionales de identidad– que el notario, en primer lugar, debía *conocer* previamente a los comparecientes. Es decir, saber quiénes eran, como actualmente conocemos a nuestros amigos o vecinos. Por eso, en los usos notariales de la época se agregaba la frase “Ante mí se presentó don Agapito Gonzáles, vecino de esta ciudad [...] a quien conozco”. El hecho de que el notario no *conociera* a la persona era una excepción a la regla, en cuyo caso debía identificarla. Como los documentos nacionales de identidad tenían un uso muy limitado –la mujer desde 1955, cuando adquiriría por primera vez el derecho al voto–, la única manera que tenía el notario de identificar a una persona que no conocía era a través de testigos que manifestasen conocerlo y que corroborasen su identidad.

Esta Ley 1510 tuvo una vida muy extensa: estuvo vigente más de ochenta años, en los cuales el Perú pasó de tener 6 a 30 millones de habitantes; la población pasó de ser mayoritariamente rural a urbana; los documentos de identidad comenzaron a ser de uso obligatorio, y las ciudades experimentaron un crecimiento exponencial.<sup>16</sup> La ley se mantuvo en el día a día a través de las décadas gracias a los usos notariales (los notarios empezaron a exigir en la práctica necesariamente la libreta electoral) y a ciertas modificaciones posteriores, en ella o en leyes conexas.

Hasta que en diciembre de 1992 se promulgó una nueva ley del notariado, el Decreto Ley 26002, en cuyo artículo 55 dispuso: “El notario dará fe de

<sup>15</sup> Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú. Historia de los Censos en el Perú [En línea] Disponible en: [http://censos.inei.gob.pe/censos2007/Documentos/Historia\\_Censos.pdf](http://censos.inei.gob.pe/censos2007/Documentos/Historia_Censos.pdf)

<sup>16</sup> Lima, por ejemplo, pasó de 300 000 habitantes en 1910 a 7 millones en 1992, y a cerca de 9 millones en 2014.

conocer a los comparecientes o de haberlos identificado. Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá al compareciente la intervención de testigos que garanticen su identidad. El notario que diere fe de identidad de alguno de los comparecientes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad”.

El Decreto Ley 26002, como se trasunta de su texto, aún mantiene el concepto de la fe de conocimiento, sólo que ahora lo pone al mismo nivel de la fe de identificación. El notario, entonces, podía declarar conocer al compareciente y con esa declaración éste estaba suficientemente identificado. O podía identificar al compareciente con sus documentos de identidad. El típico ejemplo eran los actos en los cuales la persona comparecía ante el notario y por diversos motivos (un desastre natural, un testamento *in extremis* donde el documento no podía ser encontrado, entre otros ejemplos) no tenía el documento de identidad, pero el notario lo conocía, sea por razón de amistad, por ser un cliente recurrente o por estar en su círculo profesional, académico o comercial. Entonces el notario, a través de la fe pública en él investida, garantizaba que quien comparecía ante él era la persona que decía ser.

Para entonces, la fe de identificación era la total protagonista del quehacer notarial: a todos, incluyendo amigos, familiares y conocidos, ya se les exigía la entonces libreta electoral. Como este documento de cartulina, escrito a mano, en 1992 no tenía las medidas mínimas de seguridad –pues recién en 1995 progresivamente se difundía el uso del nuevo documento nacional de identidad– en la práctica se solicitaban documentos adicionales que sí las tuviesen: el pasaporte, el carné del seguro social o la licencia de conducir. La fe de conocimiento, ya entonces en el quehacer notarial, se había convertido en una excepción.

En el año 2006, el Colegio de Notarios de Lima presentó ante sus miembros el resultado de un convenio firmado con el Reniec con el objeto de utilizar, para fines de identificación, el sistema AFIS en cada uno de los oficios notariales. La presentación del producto tuvo lugar en la misma sede del Colegio, donde se proporcionaron computadoras conectadas a escáneres electrónicos en las cuales cada uno de los notarios asistentes podría, a modo de prueba, verificar la identificación de su propia impresión dactilar a través de la identificación uno-a-uno, digitando su propio número de DNI y poniendo su dedo índice derecho y así comprobar la exactitud de la identificación.

Mi propia experiencia en aquel día podría calificarse de surrealista: el sistema me indicó que yo no era yo. Por lo tanto, podríamos estarnos encontrando con el argumento de una película de amnesia, intriga y acción de Liam Neeson, en la que debería buscar mi verdadera identidad subiéndome a un

avión y enfrentarme a balazos con la mafia rusa; o, simplemente, a lo que en identificación biométrica se conoce como *false rejection*, un falso negativo.

Algunos meses después, el Colegio de Notarios de Lima firmaba un convenio con la Reniec, al que posteriormente se unirían el resto de colegios notariales. El sistema empezó a ponerse en práctica como un importante apoyo a la capacidad del notario para identificar a las personas. Su utilización, entonces no normada, era facultativa y estaba librada al criterio del notario. Es de señalar que este servicio tiene un costo de aproximadamente dos dólares por consulta,<sup>17</sup> lo cual podía ser asumido por el notario o ser trasladado al requirente.

Sin embargo, como se ha visto en la primera parte de este ensayo, el sistema AFIS, con los grandes avances y ajustes que ha experimentado, tanto en los algoritmos como en la calidad de las imágenes tomadas por los escáneres, tiene igualmente un grado de confiabilidad de 80%. En la práctica notarial personal, hemos hecho una estadística de un falso negativo —es decir, una persona erróneamente no identificada por el sistema— por cada cuarenta consultas. Este porcentaje se eleva apreciablemente en caso de personas mayores de setenta años.

Posteriormente, la tercera ley notarial, actual al momento de este ensayo, es el Decreto Legislativo 1049. No es fácil considerarlo como una nueva ley del notariado, pues es en general una copia de la ley anterior con sólo algunos matices de diferencia. Fue promulgado en 2008 por el Poder Ejecutivo en el marco de una ley autoritativa exclusivamente para el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos; no estaba claro —ni entonces ni ahora— cuál podría ser la relación de una ley de notariado con éste. En su momento, esto fue objeto de acciones de inconstitucionalidad, a las cuales me referiré más adelante. En todo caso, esta nueva ley, en su artículo 55, estableció:

Artículo 55.- Identidad del Otorgante - El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado.

Es obligación del notario acceder a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil —Reniec— en aquellos lugares donde se cuente con acceso a Internet y sea posible para la indicada entidad brindar el servicio de consultas en línea, para la verificación de la identidad de los intervinientes mediante la verificación de las imágenes, datos y/o la identificación por comparación biométrica de las huellas dactilares. Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá

<sup>17</sup> Puede no parecer demasiado pero, al final, los costos se incrementan por cantidad cuando pensamos en el volumen mensual de requirentes.

otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

El notario que diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad.

La progresiva transformación de los conceptos de fe de conocimiento y fe de identificación ya pueden verse con mayor claridad. Ante la necesidad de reducir el riesgo de las suplantaciones de identidad —esa permanente espada de Damocles que amenaza la seguridad jurídica a nivel mundial y no sólo en el Perú— a lo cual se sumaron algunos casos de suplantación denunciados por la prensa, el Estado peruano decidió hacer obligatoria a los notarios la consulta en la base de datos de la Reniec para los comparecientes de las escrituras públicas.

El artículo, como se podrá apreciar, supuestamente mantiene la fe de conocimiento. En teoría, aún permite al notario declarar conocer a una persona, con el fin de establecer su identidad. Sin embargo, para la identificación biométrica no establece más excepción que la factibilidad del acceso a internet. Por tanto, ya debía entenderse que ni aun en los casos en que el notario decidiera ejercer la fe de conocimiento, en vez de la fe de identificación, podía dejar de efectuar la verificación biométrica.

El 5 de marzo del 2009 fue *publicado*, por el Ministerio de Justicia, el Reglamento de la Ley del Notariado mediante Decreto Supremo 3-2009-JUS. Las cursivas a la palabra “publicado” se explican porque en el Diario Oficial sólo apareció el Decreto Supremo que aprobaba el reglamento pero no su texto, el cual fue simplemente colgado en la página *web* del Ministerio, e inclusive modificado posteriormente, siempre en línea.

Esta actuación irregular hirió de muerte a esta norma desde su mismo nacimiento, ya que en 2011 se decretó su inconstitucionalidad por tal motivo,<sup>18</sup> sin tener ya valor jurídico el hecho de que *in extremis* el Ministerio de Justicia decidiera extemporáneamente publicar el reglamento en el Diario Oficial a finales del 2010, bajo la forma de un Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo 010-2010-JUS.

En la corta vida de este reglamento se habían limitado los alcances del Decreto Legislativo 1049: “artículo 29°.- De la obligación de acceder al Reniec - La obligación del notario de acceder a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a que se refiere el segundo párrafo

<sup>18</sup> Sentencia Acción Popular 2450-2010 del 28 de abril del 2011.

del artículo 55° del Decreto Legislativo, sólo será exigible cuando el notario de fe de identidad”.

Como podrá verse, esta limitación busca respetar el principio notarial de la fe de conocimiento, que había sido dejado de lado por el decreto legislativo. Surgen, por supuesto, reservas sobre hasta qué punto un decreto supremo puede restringir los efectos o la interpretación de una norma con rango de ley.

No podemos dejar de lado el problema latente que implica las suplantaciones de identidad ni la importancia de la lucha contra ese flagelo, utilizando, además de la necesaria cuota de inteligencia, responsabilidad y el sentido común que todo notario ha de tener, todas las armas que la tecnología y la ciencia puedan poner en nuestras manos. Sin embargo, todo ello no puede ser dispuesto al precio de limitar justamente el corazón de la función notarial: la función exclusiva e indelegable del notario de identificar a los comparecientes.

Las siguientes modificaciones tuvieron justamente este tipo de defectos. Desdibujaron los límites entre la función notarial y sus elementos de apoyo. Desaparecerían en la práctica el concepto de fe de conocimiento y de paso afectarían la pirámide kelseniana, pues por normas inferiores se establecen obligaciones mayores a las dispuestas por normas con rango de ley, e inclusive llega a intentar limitar sus efectos.

A partir del 2012, se aprobaría una serie de normas, rectificaciones, aclaraciones y abrogaciones, ninguna de las cuales sería previamente consultada o coordinada con las organizaciones notariales —ni el Colegio de Notarios de Lima ni la Junta de Decanos— y que trasuntan una extraña intención de reemplazar a los hombres por las máquinas.

La primera muestra de ello fue el Decreto Supremo 17-2012-JUS publicado el 15 de diciembre del 2012, cuya incoherencia y desconocimiento de la realidad fueron la razón de su corta vida. Decretó, para iniciar, un sinsentido: que la utilización del sistema de identificación biométrica sea obligatoria para todos los instrumentos notariales, sean protocolares o extraprotocolares. Se amparó en una muy particular interpretación del artículo 55 del Decreto Legislativo 1049, arguyendo como pretexto el “elevar los niveles de certeza del proceso de identificación de los otorgantes o intervinientes en actos notariales y dotar de una mayor seguridad jurídica a las operaciones realizadas notarialmente”.

Esta norma eliminó de un plumazo doscientos años de doctrina notarial al desaparecer en la práctica la fe de conocimiento y la fe de identificación y reemplazarlas por el resultado de una máquina. Sin tomar en cuenta su falibilidad, y sin dar ninguna excepción a esta regla (por ejemplo, que el notario conozca a la persona) ni tampoco algún protocolo de seguridad en caso de

que el sistema expidiese un falso negativo o fuera incapaz de identificar al compareciente.

No se tomó en cuenta un elemental principio de equilibrio: si se va a aumentar las formalidades, es indispensable sopesar las consecuencias y los costos de ello, siempre tomando en cuenta su relación con el valor y la importancia de los documentos. Lo que esta norma generó fue un sobre costo y el innecesario entorpecimiento de los actos notariales extraprotocolares, pues en todos los casos, aun cuando el notario conociese a su requirente o aun cuando el monto o las relaciones jurídicas desprendidas del texto no justificasen la complejidad del procedimiento, se debía efectuar la identificación biométrica. Tal inconveniente se multiplicaba cuando el sistema indicaba que no se podía identificar al requirente o, aún peor, cuando lo identificaba negativamente, en cuyo caso el notario, aunque estuviese convencido de la identidad de quien comparecía ante él, legalmente se veía impedido de permitir la identificación.

Toda esta situación puede resumirse en la frase que un estimado requirente, a quien conocía, me manifestó —haciendo gala de todo el sentido común del que la normativa adolecía— cuando le explicaba los inconvenientes legales ante el hecho que el sistema de identificación biométrica no lograba reconocerlo: “Doctor, ¿quién es el que identifica?, ¿usted o la máquina?”.

Los notarios debimos responder ante este galimatías legislativo. Expuesto ante las limitaciones del sistema de identificación biométrica, el notario hizo uso de la fe de identificación que el efímero decreto supremo intentó negarle. Inclusive se debieron hacer anotaciones indicando que, a pesar de que el sistema de identificación biométrica no había podido identificar positivamente al compareciente, se había hecho uso de la identificación presencial mediante la comparación de huella, firma y rasgos del rostro a partir de la ficha Reniec del compareciente y el DNI original, por lo que el notario daba fe de la identidad de la persona.

Los problemas que ocasionó esta norma trajeron, como lógica consecuencia, su abrogación cinco meses después, al aprobarse el 15 de mayo del 2013 un nuevo decreto supremo, el 006-2013-JUS, tampoco coordinado con el notariado peruano.<sup>19</sup>

Este decreto supremo mantuvo la obligatoriedad de la identificación a través del sistema biométrico, pero la limitó a los actos de disposición o gravamen de bienes o a los poderes en los cuales se diese facultad para realizar esos actos, estableciendo dos excepciones: que previamente hubiera identificado a

<sup>19</sup> Decreto Supremo No. 006-2013-JUS. [En línea] Disponible en: [www.minjus.gob.pe/normatividad/DS2013/DS-006-2013-JUS.pdf](http://www.minjus.gob.pe/normatividad/DS2013/DS-006-2013-JUS.pdf)

esta persona en otro instrumento en su mismo oficio notarial o que no fuera posible utilizar el sistema por no existir aún en la localidad las facilidades tecnológicas necesarias. Además, deja al criterio del notario utilizar este sistema en cualquier otro instrumento, protocolar o extraprotocolar, si considera que es necesario para garantizar la seguridad jurídica.

Este decreto supremo establece un protocolo en caso de que la comparación biométrica arroje resultados negativos: faculta al notario a suspender el otorgamiento del instrumento notarial. Es decir, que no le permita firmar al compareciente, solicitándole que previamente actualice sus huellas dactilares ante el Reniec.

En este caso, el compareciente debe acercarse personalmente a cualquier oficina del Reniec, adjuntando una copia impresa de la certificación de comparación biométrica con resultado negativo. Es decir, con la anotación “no corresponden” que implica un falso negativo, o “no ha podido determinar”, cuando el sistema no ha podido efectuar la comparación, sea porque las huellas dactilares del requirente están deterioradas o porque las imágenes de las huellas que están en la base de datos no están lo suficientemente claras como para intentar la comparación.<sup>20</sup>

El Reniec procede a tomar las impresiones dactilares de los diez dedos de la mano del compareciente, o sea, realiza una identificación decadactilar. Luego de establecer la identidad del compareciente, emite un documento que entrega físicamente al compareciente y envía por correo electrónico —por medidas de seguridad, es un correo electrónico institucional con la extensión *@reniec.gob.pe* en la cual el funcionario se identifica— al notario, comunicándole que la persona ha comparecido ante las oficinas del Reniec y que ha sido correctamente identificada. En ese documento obran la foto, firma e impresiones dactilares de los índices derecho e izquierdo del compareciente. Con este documento, que se acostumbra guardar en el minutarario,<sup>21</sup> ya el notario podía certificar la identidad del compareciente a pesar de la comparación biométrica negativa.

Sin embargo este procedimiento, puede brindar seguridad al notario en caso de que él mismo tenga alguna duda respecto a la identidad de la persona y

<sup>20</sup> Aun en estos casos ha habido que hacerle frente a la burocracia. La Reniec exigía que se presentase esta impresión del resultado negativo; pero también se daba el caso de que las huellas dactilares del compareciente estaban a tal punto deterioradas que la imagen escaneada ni siquiera era aceptada por el sistema para intentar una comparación. Así, la comparación ni siquiera llegaba a efectuarse y por lo tanto no había un resultado negativo que mostrar. Esta situación la zanjé con un oficio dirigido al Reniec indicando el motivo de la imposibilidad de presentar el certificado de resultado negativo. Aun así, había funcionarios tan apegados a su protocolo que seguían exigiendo lo imposible. Para ellos era menester la amenaza de queja administrativa.

<sup>21</sup> En el Perú, las minutas son los contratos, autorizados por abogado y firmados por las partes, que se elevan a escritura pública. Las escrituras se guardan en el Registro de Escrituras Públicas, y las minutas a su vez se archivan en el Tomo de Minutas o *Minutarario*, formando ambos parte del Protocolo Notarial.

no pueda resolver a pesar de utilizar los documentos de identidad necesarios, resulta absurdo cuando el notario ya no tiene esa duda razonable respecto a la identidad de la persona. El notario está convencido de que quien ha comparecido ante él es quien dice ser, pues ha comparado el rostro del compareciente con la foto del documento de identidad, ha comparado su firma y las impresiones dactilares del compareciente con las que obran en el archivo del Reniec.

El notario ya está listo para ejercer la fe de identificación que le ha sido otorgada por el Estado, pero se encuentra con un escollo impuesto por una norma de menor jerarquía: ejercer esta fe podría implicar una falta sancionable con destitución.

En efecto, el artículo 12 de este decreto supremo dispone que “el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 2 y 5 del presente Decreto Supremo constituye infracción administrativa muy grave, la misma que será sancionada con suspensión no menor de noventa (90) días o destitución”. Durante la vigencia de este decreto supremo en solitario (pues el Consejo del Notariado, como veremos a continuación, daría un par de vueltas de tuerca) yo opinaba que este acto era sancionable sólo si se materializaba una suplantación. Es a todas luces un sinsentido suponer que el notario que había identificado correctamente a un compareciente era, a pesar de ello, un infractor por no haberlo identificado mediante el sistema biométrico. Sin embargo, esto era justamente lo que podría trasuntarse del texto del decreto supremo.

## 5. Kelsen *upside down*: la Directiva 44-2013-JUS/CN

Esta situación, en vez de ser aclarada, se oscurecería aún más en esta carrera por controlar la fe de identificación. El Consejo del Notariado, en sí, no forma parte del notariado sino que es un órgano del Ministerio de Justicia y tiene, entre otras funciones, la supervisión de aquél. Éste aprobó la Directiva 44-2013-JUS/CN en la cual se confirma la obligación del notario de efectuar la identificación biométrica de los comparecientes en los documentos, sean protocolares o extraprotocolares, en donde, a título oneroso o gratuito, se disponga, grave o adquiera bienes muebles o inmuebles o se otorguen poderes para dicha finalidad.

Pero el punto medular es el protocolo que se dispone en caso de que el resultado de la comparación biométrica sea *negativo*. Es menester detenernos aquí a fin de analizar cuáles serían los alcances de este concepto. Debemos entender por negativo que la comparación *uno-a-uno* (impresión dactilar escaneada del compareciente tomada en la notaría frente a la imagen existente en la base de datos del Reniec) que hace el sistema de identificación biométrica

no haya podido efectuarse exitosamente. Esto implica, como hemos visto, tres escenarios posibles. Que la imagen tomada de las huellas dactilares del compareciente sea juzgada por el sistema como no aceptable para la comparación por su deterioro o falta de claridad, en cuyo caso la comparación no llega ni siquiera a efectuarse; que aunque haya sido aceptada por el sistema, la impresión dactilar escaneada, al intentar la comparación, no se haya podido determinar que la huella corresponde a la que obra en la base de datos.

En el primer caso el defecto es de la muestra tomada en la notaría y a causa del deterioro de la huella dactilar del compareciente sea porque el compareciente tenga edad avanzada, adolezca alguna enfermedad de la piel o que en su actividad diaria suela manipular elementos químicos; en el segundo, el defecto usualmente se encuentra en la muestra de la base de datos, sea por alguna de las razones anteriores o porque simplemente su impresión dactilar no fue bien tomada al momento de su inscripción en el Reniec, lo cual ocurre, por ejemplo, en las oficinas consulares en el extranjero. La tercera posibilidad es el resultado negativo *stricto sensu*, cuando el sistema de identificación biométrica, tomada la muestra del compareciente y habiéndola aceptado para la comparación, al compararla efectivamente con la muestra existente en la base de datos, arroje que las huellas escaneadas no corresponden a las que obran en el archivo del Reniec, lo que implica que, según el sistema, la persona que comparece no es quien dice ser.

Evidentemente, si a la postre el compareciente resulta ser efectivamente quien decía ser, estamos ante una *false rejection* o falso negativo, hecho que en la práctica no es inusual.

En caso de una comparación biométrica negativa –entendiendo cualquiera de estos tres casos– esta directiva dispone todo un protocolo: el notario debe, en principio, indicar al compareciente que debe actualizar sus huellas ante la Reniec. En caso de que la identificación ante el sistema biométrico sea inviable por causas atribuibles a la Reniec y no al notario, se podrá prescindir del sistema.

Sin embargo, ante la prescindencia de la identificación biométrica, el notario deberá utilizar, según el artículo 11 de la citada directiva:

mecanismos alternativos de identificación, como la ficha de datos del Reniec y su comparación con los datos que presenta en el documento nacional de identidad y de la verificación directa de las características del compareciente o interviniente; la constatación personal y el uso de testigos. Estos últimos deberán ser identificados mediante el referido sistema, a efectos de lograr convencimiento sobre la identidad de los comparecientes o intervinientes.

Como podrá verse, la autonomía del notario, a efectos del ejercicio de la fe de identificación, queda eliminada en la práctica a expensas de una serie de pasos que el notario está obligado a seguir.

Recordemos que no estamos ante una norma con rango de ley ni ante una norma con rango de decreto supremo. Estamos ante una directiva interna de un órgano administrativo de menor jerarquía, no tiene el rango de ministerio ni de gobierno local o regional, ni es un organismo constitucionalmente autónomo. Sus directivas tienen el rango de reglamentos de menor orden, por lo tanto, están en las escalas inferiores de la pirámide kelseniana.

Para entender los efectos de lo que se analizará, es menester recordar lo expuesto respecto a la fe de conocimiento y la fe de identificación definidas en el artículo 55 del Decreto Legislativo 1049 del Notariado:

El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado. [...] El notario que diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurrirá en responsabilidad". Es decir, se mantiene la existencia de la fe de conocimiento y la fe de identificación, y la Ley especifica que si el Notario es inducido a error, no incurrirá en responsabilidad.

El tercer párrafo del artículo 11 de la directiva intenta, inconstitucionalmente, restringe el sentido de una norma con rango de ley:

en los casos señalados en el párrafo anterior [el uso de métodos alternativos de identificación ante la imposibilidad de la identificación biométrica], el notario no podrá ampararse en el supuesto eximente de responsabilidad previsto en el tercer párrafo del artículo 55° del decreto legislativo N° 1049. Igualmente, el notario asumirá la misma responsabilidad si decide no aplicar la fe de identificación o la verificación biométrica, y argumenta conocer personalmente a los comparecientes o intervinientes, utilizando la fe de conocimiento regulada en el primer párrafo del mismo artículo.

En otras palabras: si por alguna razón no imputable al notario es imposible identificar al compareciente mediante el sistema de identificación biométrica (en los casos detallados con anterioridad), éste está facultado para utilizar otros métodos que le permitan identificar plenamente al compareciente, incluyendo la ficha Reniec, el DNI, la constatación personal del compareciente

y el uso de testigos. Sin embargo, esta directiva pretende que el hacerlo de esta manera, aun tomando las mayores precauciones, siguiendo a pie de la letra el protocolo dispuesto por la misma, habría responsabilidad notarial y la exoneración de responsabilidad del artículo 55 del decreto legislativo del notariado no se aplicará.

Evidentemente nos encontramos en un conflicto de jerarquía normativa donde se intenta restringir los efectos y la aplicación de una norma con rango de ley a través de una reglamentación administrativa de menor orden. Resulta preocupante que haya sido emitida por un órgano perteneciente a una entidad del Estado, en teoría, la que mayor conocimiento y respeto debería tener por los principios constitucionales, los derechos ciudadanos y la jerarquía de las normas.

Concluimos que este párrafo ha de tenerse por no puesto, pues restringe, modifica e interpreta indebidamente una norma con rango de ley, y que si algún caso llegase a proceso, el juez lo declararía inaplicable, haciendo uso del control difuso de la Constitución, con lo cual hará respetar la letra y el espíritu del artículo 55 del decreto legislativo. Será exclusivamente la autoridad jurisdiccional en el proceso correspondiente quien decidirá, basándose en las circunstancias y las pruebas presentadas, si el notario fue o no inducido a error y si su actuación está o no afectada por el dolo o la negligencia, y por lo tanto quien resolverá si procede o no la exoneración de responsabilidad prevista. Si bien es cierto que los recursos actuales reducen drásticamente la posibilidad de que el notario pueda, sin culpa, ser inducido a error por la actuación maliciosa de las partes, esta posibilidad, aun reducida, sigue latente y ha de ser valorada por un juez.

## 6. A modo de conclusión

No es conveniente limitar un elemento tan importante para la seguridad jurídica como la fe notarial para darle preponderancia a una herramienta tecnológica, la cual si bien es de enorme utilidad, debe tenerse en cuenta que es aún imperfecta y presenta un porcentaje relevante de falsos negativos. No es dable confiar más —o peor aún, confiar totalmente— en un sistema informatizado todavía imperfecto que en el criterio de quienes han pasado por exámenes muy rigurosos para acceder a la noble función notarial.

Es un peligro latente que la identificación biométrica pueda ser elevada por el legislador a niveles de infalibilidad y confiabilidad cuando en la práctica no los ha alcanzado. El notario puede comparar documentos, verificar visualmente las huellas, confrontar los rasgos del compareciente con los del

documento de identidad, interpelar al compareciente, y eventualmente notar algunos signos evidentes del comportamiento: nerviosismo, apuro, estrés. Nada de esto puede ser apreciado por un sistema con una tasa de 80% de confiabilidad. Las máquinas jamás podrán ser más importantes que las personas.

Puede parecer absurdo, pero la experiencia de 9 años de biometría en el Perú hace aparecer a este peligro como real y latente, el cual se ha ido alimentando en una serie de premisas falsas; entre ellas, el mito urbano de la infalibilidad del sistema AFIS.

Es importante recordar que desde el inicio de este trabajo hemos enumerado las ventajas del sistema de identificación biométrica, su enorme utilidad para la identificación de las personas y su gran papel en la investigación forense, así como importantes proyectos del Estado a escala nacional, entre ellos la identificación de los ciudadanos, el *aggiornamento* de los sistemas electorales y el voto electrónico.

Adecuadamente utilizado, es un sistema de capital importancia para la función notarial. La inversión que el Estado ha realizado para adquirirlo redundará en beneficio de la seguridad jurídica, siendo tanto los ciudadanos como los notarios los primeros beneficiados. Por otro lado, si consideramos adecuado que la normativa en principio disponga su consulta para asegurar la identificación del compareciente en actos que tengan importancia económica o que impliquen transferencia inmobiliaria. No está mal establecer algunos requisitos con el fin de estandarizar el cuidado de la fe pública.<sup>22</sup>

Pero, no por nada Aristóteles habló hace más de 2000 años, en su teoría de la virtud,<sup>23</sup> de la necesidad de encontrar un equilibrio, un *punto medio* entre el exceso y el defecto. El punto medio es virtuoso y el exceso y el defecto son, para Aristóteles, vicios. Frente a la cobardía y la temeridad, decía, ha de actuarse con valentía; frente al despilfarro y la tacañería, debe actuarse con generosidad; frente a la desvergüenza y la timidez, ha de actuarse con modestia. Aristóteles lo describió como la *hēxis proairetikē*, cuando el hombre virtuoso desarrolla un *hábito*, en el cual se requiere un tipo especial de sabiduría práctica que lo ayudará a encontrar siempre este punto medio, y a diferenciarlo del exceso y del defecto. A esta sabiduría práctica la llamó *Phrōnesis* o prudencia.

Entonces, debemos hallar la *phrōnesis* en la relación entre la identificación biométrica y la fe pública. El papel de aquella es la de un apoyo de ésta. Nada más, pero tampoco nada menos.

<sup>22</sup> En el lapso entre la obligatoriedad de la consulta al sistema biométrico, se dieron algunos pocos casos de suplantación que podrían —aunque no necesariamente— haberse evitado si es que el notario responsable hubiera realizado la consulta biométrica.

<sup>23</sup> Aristóteles. Ética a Nicómaco.

Toda la literatura científica está de acuerdo en que el sistema tiene márgenes de error aún importantes debido a varias causas: desde el algoritmo utilizado hasta la calibración y calidad de los escáneres. Además, la enumeración de circunstancias que pueden generar malas lecturas o resultados erróneos son varias, como lo demuestran estudios específicos sobre identificación biométrica: descentrado o rotación de la imagen de la muestra; superposición parcial de las muestras; distorsiones al realizarse la conversión de una imagen tridimensional, como la impresión dactilar, en una bidimensional para efectos de comparación. La presión que se ejerza en el dedo también puede alterar el resultado de la comparación; el ruido, es decir, el hecho de que la imagen de muestra no sea pura; y hasta errores introducidos por los algoritmos del programa.<sup>24</sup>

Existe unanimidad en las investigaciones sobre identificación biométrica respecto a la falibilidad del sistema, a pesar de sus muchas cualidades y perfeccionamiento reciente. Moses claramente manifiesta que la capacidad humana de comparación es superior al del automatizado sistema AFIS: *“Automatic fingerprints algorithms, on the other hand, are not nearly as accurate as forensic experts and have difficulty in dealing with the many noise sources in fingerprint images. [...] Although automatic systems have improved significantly, the design of automated systems do not yet match the complex decision-making of a well-trained fingerprint expert as decisions are made to match individual fingerprints”*.<sup>25</sup>

Es más, la comunidad científica alerta sobre los peligros que se ciernen sobre los derechos ciudadanos si es que, por ignorancia, las autoridades de un país sobredimensionan al sistema de identificación biométrica sin reparar en sus limitaciones. Como bien lo advierte el profesor de la Universidad de California, Robin Feldman, el problema no es tanto que el sistema pueda equivocarse. El peligro real es nuestra infundada y ciega convicción en su exactitud:

*The real problem is not that biometrics are subject to fraud or error, but our conviction nonetheless in its accuracy. Human beings have an almost blind faith in all things scientific, and biometric data is cloaked in the mantle of scientific truth. Thus, if a computer tells a government agent that a person’s retinal scan matches that of a notorious criminal or someone who should be denied access to a building or a plane or a country, it will be very difficult for the person to argue the computer*

<sup>24</sup> MOSES, KENNETH. *Op. cit.*, p. 27

<sup>25</sup> *Loc. cit.*, p. 31.

*is mistaken. In other words, the problem lies not in the possibility of mistake about who we are, but rather the physical and psychological barriers to challenging a mistake about who we are.*<sup>26</sup>

Concluye este experto de la tecnología biométrica en que, si bien ésta promete una revolución de conveniencia, exactitud y seguridad en la identificación, los resultados aún están sujetos a error, fraude o abuso. Pero, a pesar de todo, nuestra mayor preocupación debe ser no el error potencial, sino la potencial renuencia de la sociedad (y del gobierno y las autoridades) a aceptar esta posibilidad de error y a los problemas ocasionados. Asimismo, deben establecerse métodos para reducir los daños provenientes de estos inevitables errores.<sup>27</sup>

A pesar de que quienes ofrecen este programa a los gobiernos puedan decir lo contrario, este programa dista mucho de ser perfecto, ya que el margen de error es de aproximadamente 20%<sup>28</sup> e inclusive no es posible mantener un alto nivel de calidad, pues al momento de calibrar los escáneres, se aumentan los falsos negativos o los falsos positivos.

La fe de identidad notarial no se puede cambiar o reemplazar por un producto tecnológico, pues no se limita a una comparación de impresiones dactilares. La fe de identificación notarial es, además de ello, la comparación de la firma, la verificación personal facial de la persona, la constatación de sus características físicas e inclusive psicológicas, pues eso y no otra cosa es el verificar que la persona esté consciente de los alcances legales del acto que está por suscribir.

Sin duda, la identificación biométrica del sistema AFIS es uno de los mayores aportes que se han hecho a la labor notarial y constituye la herramienta que más ha reforzado la fe de identificación notarial. Sin embargo, en esta misma investigación se han comprobado sus limitaciones, las cuales indican que el papel del sistema AFIS es justamente el de un apoyo importante e invaluable, pero en modo alguno puede tomar el papel protagónico y menos puede superponerse a la labor de identificación personal del notario, como lo han pretendido normas recientes. Es importante mantener el justo medio: un exceso de control desnaturaliza las instituciones. Sin duda, debe prevalecer el

<sup>26</sup> FELDMAN, ROBIN. *Considerations on the Emerging Implementation of Biometric Technology*, Universidad de California - Hastings College of the Law, San Francisco, 2004, p. 112.

<sup>27</sup> "Despite the remarkable level of improvement, the results are still subject to error, both through mistake as well as fraud or abuse. The greatest concern, however, is not the potential for error but rather society's potential reluctance to accept the possibility of error and the resulting barriers for those who are incorrectly identified. In light of these concerns, we should direct attention not only at preventing fraud, mistake, and abuse before the fact, but also at establishing methods to detect their inevitable occurrence and to limit the resulting damage". Loc. cit., p. 127.

<sup>28</sup> MOSES, KENNETH. *Op. cit.*, p. 11

concepto del Decreto Legislativo 1049 por encima del expuesto por normas de menor nivel. No se puede dimensionar su importancia más allá de la que la pirámide kelseniana constitucionalmente les asigna.

## 7. Adenda

A pesar de la actualidad del presente ensayo –aún inédito– ha seguido corriendo agua bajo los puentes; y, con la finalidad de mantener al lector actualizado, se reseñan brevemente las muy recientes modificaciones legislativas respecto al tema de la fe de identificación y la fe de identidad, cuyos efectos y consecuencias aún pertenecen al futuro cercano.

Las consideraciones que obran en el presente ensayo fueron expuestas por el autor en diversos foros, incluyendo la XVI Jornada Notarial Iberoamericana realizada en La Habana, Cuba, en cuya Mesa dedicada al Futuro del Notariado y Nuevas Tecnologías, la comisión redactora (de la cual formé parte) aprobó sus conclusiones, una de las cuales expresaba:

En este punto la Comisión llama la atención sobre la necesidad de no suplir el juicio de identidad o conocimiento por técnicas biométricas como única o prevalente forma de identificación de las formas físicas. De forma análoga a que en cualquier esfera de la vida civil la identificación realizada por una autoridad pública debe prevalecer sobre los rastros biométricos que acompañen a las herramientas de identificación, en la misma forma esta Comisión recomienda que la identificación verificada por notario, en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito de su función de control de legalidad, habida cuenta de que conlleva la responsabilidad directa y concreta sobre cada acto de identificación, no pueda ser suplida por la identificación biométrica automática que una base de datos, eventualmente falible, pueda proporcionar.

La sobrerregulación respecto al tema de la fe de identificación ha continuado en el Perú, pues al respecto se aprobaron en el año 2015 dos leyes más: la Ley 30313 y el Decreto Legislativo 1232, ambas modificando (nuevamente) el artículo 55 de la Ley del Notariado.

La Ley 30313, publicada el 26 de marzo del 2015, dispone que:

es obligación del notario verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes, a través del acceso a la base de datos del Reniec [...] mediante la comparación de imágenes, datos y/o la identificación por

comparación biométrica de las huellas dactilares. Cuando el Notario lo juzgue conveniente exigirá otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación. [...] El notario que cumpliendo los procedimientos establecidos en el presente artículo diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad.

La obligación establecida en el primer párrafo, la de la comparación de imágenes o la identificación biométrica, se establece siempre y cuando exista acceso a internet desde la localidad donde se encuentre el oficio notarial. El “y/o” daba a entender que era a elección del notario, para eliminar la duda razonable de la identificación de la persona, si utilizaba la comparación de imágenes de la Reniec o la identificación biométrica, ambas cosas, o si agregaba a estas comparaciones la revisión de documentos adicionales (pasaportes, carnés, actas de nacimiento) o la intervención de testigos de conocimiento.

Durante un corto tiempo, pareció que de alguna manera se estaba retornando a los notarios una plena fe de identificación sin someterla a elementos técnicos falibles. Sin embargo, exactamente seis meses después, el 26 de setiembre del 2015, se publicó el Decreto Legislativo 1232, el cual, en este aspecto, abrogaría la Ley 30313. En él se regresa a un nocivo dirigismo normativo, pues se crean cuatro reglas de identificación que por su redacción aparecen encorsetadas.

De éstas, nos referiremos a las tres que involucran a la identificación de ciudadanos nacionales. La primera se aplica en caso de que en el distrito donde se ubica el oficio notarial haya acceso a internet, donde el notario deberá exigir el documento nacional de identidad y además verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes utilizando la comparación biométrica de las huellas dactilares. La segunda se aplica si dicha comparación no es posible por causa no imputable al notario; se deberá exigir el documento nacional de identidad y además tener a la vista la consulta en línea de las imágenes y datos del Reniec, pudiéndose recurrir adicionalmente a otros documentos o a la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación. La tercera se refiere a la intervención de ciudadanos extranjeros. La cuarta establece que excepcionalmente, y por razón justificada, el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad sin necesidad de seguir los procedimientos anteriores, en cuyo caso el notario incurre en las responsabilidades de ley cuando exista suplantación de la identidad. Se especifica, además, que si el notario

cumple los procedimientos mencionados y da fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad.

Algunas voces defienden esta sobrerregulación aduciendo que la finalidad del establecimiento de estos pasos obligatorios de identificación es la protección de la fe pública. Como intención puede parecer aceptable, pero el encorsetamiento de la fe pública en una serie de fórmulas matemáticas que establezcan un diagrama de flujo que tanto el notario como el órgano jurisdiccional, en el caso de judicialización de casos de suplantación, deben obligatoriamente seguir, parece irreal y pretencioso.

Consideramos que el notario, como guardián de la fe pública, como tercero imparcial calificado, debe tener la libertad de decidir y utilizar las diversas herramientas de identificación (inclusive utilizar todas ellas) con la finalidad de eliminar la duda razonable respecto a la identidad de la persona; y que en el caso de suplantaciones, la diligencia o negligencia del notario deba ser juzgada a mérito de cada caso particular.

A pesar de todo, es relevante que esta última versión del artículo 55 mantenga a la fe de conocimiento, así sea para indicar que en caso de utilizarla el notario no podrá escudarse en la exoneración de responsabilidad. Es importante mantenerla porque el notario, como tal, debe tener siempre expedita —asumiendo enteramente la responsabilidad— la posibilidad de aplicar la fe de conocimiento.

Por último, se dosifica la presunción de infalibilidad de la biometría, pues luego de las recientes modificaciones es considerada como una —si bien la principal— de varias herramientas de identificación. Sin embargo, en el indeseable caso de una suplantación, esperemos que pronto desaparezca del inconsciente colectivo policial y judicial la presunción de que de una incompleta o no factible identificación biométrica se trasunta necesariamente una actuación dolosa por parte del notario.