

Señor Presidente del
Consejo Federal del Notariado Argentino

Not. Ignacio Javier SALVUCCI

Presente

Ref: Dictamen de Plataforma Digital Colegio de Escribanos CABA

Me dirijo a Ud. y por su intermedio a la Junta Ejecutiva a los efectos de elevar el dictamen solicitado a la Comisión de Informática de este organismo mediante nota del mes de julio del corriente año. Debemos decir que el presente dictamen se limita a un análisis jurídico sobre la posibilidad de considerar la firma digitalizada o firma ológrafa en soporte líquido como lo conceptúa el pedido de dictamen, pero no hemos de referirnos a los parámetros de seguridad informática para el ejercicio del notario, así como a las normas IRAM de la plataforma por cuanto consideramos que se debiera tener acceso físico al software y al hardware sobre el cual se encuentra en producción, así como también que un análisis de seguridad informática así como de ciberseguridad o cumplimientos de normas IRAM escapa al escaso conocimiento que poseemos como operadores del derecho debiendo solicitarse la ayuda de profesionales de la informática para un análisis y exámen adecuado.

En este sentido, debemos de aclarar que el proyecto de dictámen fue enteramente elaborado por el Notario Francisco Hotz, miembro de la Comisión por la Provincia de La Pampa, a la cual los miembros de la Comisión hemos adherido enteramente haciendo nuestras sus palabras, para su elevación.

DICTAMEN

A la hora de analizar la posibilidad de autorizar un documento notarial de forma remota, necesariamente debemos considerar las posibilidades que se presentan con los avances tecnológicos actuales y verificar si existen herramientas que permitan, mediante el principio de equivalencia funcional,

brindar una seguridad jurídica equiparable a la existente en aquellos documentos notariales signados en soporte papel.

Para esto, es necesario evaluar dos cuestiones. La primera de ellas es la posibilidad de extender los efectos de la fe pública al acto de firma remota. La segunda, si existe algún tipo de firma no ológrafa que reúna características similares a esta (personalísima, inescindible de su autor, intransmisible y original) o, de lo contrario, que tenga el respaldo legal que permita hablar de un acto firmado.

El Derecho comparado nos acerca cierta casuística que debe ser analizada. En Francia, por ejemplo, desde el año 2005, mediante el Decreto 973/05, se admite la posibilidad de autorizar una escritura pública electrónica a distancia mediante la intervención de un escribano “instrumentador” y otro “colaborador”, encontrándose las partes en cada una de las notarías, supuesto que garantiza la dación de fe al momento de suscribir la escritura, puesto que la firma electrónica se realiza frente al notario, quien, además de presenciar la firma, individualiza a la parte y acredita la correcta prestación del consentimiento.¹ La autorización de la primera escritura de este tipo se demoró hasta 2018, luego de que en 2016 el 28º Congreso Internacional del Notariado celebrado en París, resolviera como conclusión del tema II, que:

1. Se recomienda que, utilizando los medios telemáticos, los notarios, manteniendo la necesidad de presencia física y con respeto del conjunto de reglas que son aplicables a su función, faciliten la contratación sin desplazamiento de los otorgantes situados en lugares distantes.

¹ Para mayores detalles sobre este tipo de autorizaciones notariales, ver ZAVALA, Gastón A. “Principio de intermediación en la actuación telemática”, en Armella Cristina (dir.) *Derecho y Tecnología, Aplicaciones Notariales*, 1ra edic. Ad Hoc, Bs. As, 2020 y Schmidt, Walter, en Armella, Cristina N.; Cosola, Sebastián J.; Esper, Mariano; Glardiola, Juan J.; Lamber, Néstor D.; Moreyra, Javier H.; Otero, Esteban D.; Sabene, Sebastián E.; Salierno, Karina V.; Schmidt, Walter C., y Zavala, Gastón A.; “Emergencia, pandemia, tecnología y notariado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe. Cita RC D 2091/2020.

2. Se recomienda asimismo facilitar el establecimiento de plataformas electrónicas de colaboración entre notarios a nivel internacional como, por ejemplo, el sistema EUFIDES.²

Ya en período pandémico, la República Francesa sancionó el Decreto 395 del 3 de abril del 2020, que permitió la actuación notarial en forma remota (sin contar con la presencia física de las partes). El Decreto permite de forma circunstancial (durante el período de emergencia epidemiológica), que se autorice un acto público completamente remoto, con la firma digital de las partes (firma electrónica cualificada) y del notario (firma electrónica segura). Cabe agregar que, conforme lo establece el ordenamiento francés y europeo en general³, la firma electrónica cualificada reúne las mismas características que la firma digital en la República Argentina, gozando de reconocimiento legal.

Otro ejemplo es el brasilero. En el vecino país, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), mediante la Disposición N° 100, reguló la realización de los actos notariales en línea (remotos) y estableció la plataforma *e-Notariado*, creada y administrada por el Consejo Federal del Colegio Notarial de Brasil. En lo que a firma de documentación notarial respecta, el documento otorgado mediante esta plataforma es suscripto con firma electrónica o digital por el requirente y autorizado con firma digital por el notario. A su vez, el requirente del servicio notarial que desea actuar en la plataforma *e-Notariado* debe necesariamente ser identificado previamente mediante los “certificados digitales notarizados” expedidos por un notario que identifica presencialmente a la persona, información que luego es incorporada a un "Registro Único de Clientes" nacional⁴.

² Conclusiones del tema II, 28º Congreso Internacional del Notariado, París, Francia, 19-22 de octubre de 2016. Ver online en: <https://www.uinl.org/documents/20181/44832/Paris+2016-Th%C3%A8me+2-Conclusions+ES+%28def%29/e3da1579-dfb0-4511-a422-e0f80ebb80c0>

³ Reglamento N° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 (e-IDAS) sobre identificación electrónica y servicios de confianza para transacciones electrónicas en el mercado interior; art. 1367 Código Civil y Decreto n.º 2017-1416 de 28 de septiembre de 2017 relativo a la firma electrónica.

⁴ La plataforma e-notariado incluso permite descargar una aplicación mediante la cual el ciudadano puede solicitar una audiencia con el notario de su elección para obtener este

Por lo expuesto, se concluye preliminarmente que siempre que se trate de actos notariales celebrados a distancia, se torna inevitable que la firma utilizada por las partes posea respaldo legal como tal (digital o cualificada).

Este requisito se sustenta en las características particulares que posee este tipo de tecnología, puesto que toda firma digital o cualificada es, en los hechos y a grandes rasgos, una infraestructura de clave pública o PKI (*Public Key Infrastructure*) administrada por organismos certificantes (Certificadores Licenciados) que permiten la identificación del firmante ante terceros y el no repudio, así como la imposibilidad de modificación del documento luego de la firma. Su otorgamiento se logra una vez verificada la identidad del individuo mediante el contraste de sus datos biométricos, siendo el trámite presencial.

Este tipo de firmas permiten ser verificadas identificando nominalmente a su titular (nombre, apellido, documento de identidad, CUIT/CUIL)⁵. Esa nominalidad de la firma podrá ser calificada por el notario que se encuentra dirigiendo la audiencia a distancia mediante su confronte con la identificación que realice para lograr la convicción de la identidad de su requirente. Es decir, la audiencia notarial a distancia demandará del notario interviniente el despliegue de distintas herramientas de identificación, como la consulta en base de datos oficiales, información biométrica, o la previa verificación de identidad de manera presencial en alguna notaría del país (como acontece en Brasil). Por lo tanto, en las audiencias a distancia el notario interviniente no sólo identificará al requirente, sino que, además, podrá corroborar la coincidencia entre la identidad del titular de la firma digital y la del requirente presente en la audiencia, hecho que permitirá desplegar la fe pública sobre el acto de firma.

De esta manera, el acto notarial remoto contará con tres elementos que contribuyen a la seguridad jurídica:

1. Firma digital con tecnología de claves asimétricas y reconocimiento legal.

certificado. Ver en
<https://play.google.com/store/apps/details?id=br.org.enotariado.app&hl=es&gl=US>

⁵ Las normativas especiales establecen la presunción legal de que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital.

2. Verificación de la identidad del requirente por el notario y contraste con la identidad del titular de la firma digital.
3. Prestación del consentimiento y firma ante el notario.

Se sostiene que el cumplimiento del punto segundo es esencial e ineludible para resguardar de cualquier inseguridad a la dación de fe pública que exige la autorización de un documento notarial. Sólo mediante la firma de tipo digital el notario podrá, a distancia, dar fe de que es la persona a quien se identificó remotamente quien efectivamente estampa la firma en el documento.

En cambio, este procedimiento se dificulta al utilizar el sistema de firma “digitalizada”⁶ (también llamada manuscrita digitalizada, manuscrita electrónicas, etc.), que se estampa mediante la realización del trazo en un dispositivo de firma o *sign pad* con un lápiz óptico⁷. Existen dos motivos fundamentales para concluir esto: 1) La videoconferencia difícilmente permita al escribano mantener el control total del proceso (sólo podría mantener el control del documento a firmar), siendo factible, por ejemplo, que el trazo no sea realizado por el requirente que vemos a través de la cámara sino por otra persona o , incluso, por una máquina del tipo “*autopen*”⁸ y 2) El trazo efectuado en un *sign pad* con lápiz óptico carece de nominalidad, por lo que el notario no tendría elementos que le permitan asociar el trazo volcado en el dispositivo con la identidad de la persona que se ha identificado remotamente.

Esa realidad objetiva del proceso de firma de un documento a distancia compromete los alcances y efectos de la fe pública en el acto de firma “digitalizada”, puesto que -dada la mediación telemática- es un hecho que no le

⁶ Ver ALTERINI Ignacio E. y ALTERINI Francisco J., “El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada”. La Ley 05/08/2020, 05/08/2020. Cita Online: AR/DOC/2392/2020

⁷ Este mecanismo de captura dista mucho de ser una imagen captada por un escáner, puesto que el *sign pad* no registra imágenes estáticas, sino trazos que son capturados a medida que se van realizando.

⁸ Ver a modo de ejemplo: <http://firmadorasautomaticas.com.mx/> - <http://firmadigitalizada.net/autopen-la-maquina-de-reproduccion-de-firmas-manuscritas/>

consta de ciencia propia y no existe, preliminarmente, posibilidad de verificar que ese signo o inicial pertenezca a quien se identificó en la audiencia.

Cabe agregar, aunque resulte una obviedad, que los dispositivos con los que se capta la firma serán siempre periféricos a la plataforma notarial, pudiendo tratarse de una tableta tipo *ipad* o un *smartphone*. Asimismo, por más que el notario requiera al otorgante que se aleje lo suficiente de la *webcam* para ver el acto de firma, nunca le sería posible constatar que es esa la tableta o dispositivo que efectivamente está captando la firma y no otra que se encuentra fuera de su percepción visual (con un firmante desconocido). Tampoco es posible constatar el acto de firma en las plataformas que unifican en un *smartphone* la video llamada y la firma, puesto que ese mecanismo no permite dar fe de que es la persona identificada, y no otra, quien efectivamente coloca el trazo, máxime cuando el sistema interrumpe la imagen para permitir al requirente firmar. Estas particularidades impiden asimilar la firma ológrafa puesta en presencia física del notario con una firma digitalizada a distancia.

No obstante, se trata de limitaciones propias del acto completamente remoto (en el que ninguna de las partes se encuentra físicamente ante un notario), puesto que éstas desaparecen ante la posibilidad de firmar en este tipo de dispositivos presencialmente y frente el notario, dado que en ese contexto sí es viable que el fedatario ejerza su ministerio y convierta al acto de firma en un hecho auténtico, verificando la identidad del requirente, la prestación del consentimiento y la firma del documento digital colocada en un *sign pad* con lápiz óptico homologado por el cuerpo notarial (descartamos la posibilidad de realizar el trazo con del dedo índice por motivos técnicos que exceden este dictamen). Asimismo, un procedimiento de este tipo demandará un desarrollo que otorgue la seguridad informática necesaria para garantizar que el trazo volcado en el dispositivo no pueda ser "capturado" por un tercero y, así, replicarlo en otros documentos electrónicos, riesgo sobre el que nos expediremos inmediatamente.

Asimismo, párrafo aparte merece el análisis jurídico de este tipo de firma "digitalizada", puesto que es esencial determinar si la misma es o no una firma ológrafa. En este sentido, existen al menos tres posturas:

1) Para Ignacio y Francisco Alterini, la misma es equiparable a una firma ológrafa porque lo concluyente y determinante es que ésta sea efectuada de puño y letra de su autor:

"De allí que lo concluyente para que la firma se califique como ológrafa o manuscrita es que se lleve a cabo "por la mano" de su otorgante —de acuerdo con la fraseología del art. 2477 del Cód. Civ. y Com.—. sin que sea relevante el soporte donde ella se concrete. En consecuencia, ya sea que se trate de una especie u de otra, los efectos son los mismos.

Se ha dicho que en la firma efectuada por estos medios: "... es el mismo gesto humano indisociable del firmante el que produce la firma (...). La estampación de la firma en pizarra electrónica es firma manuscrita en cuanto que solo puede hacerse con la propia mano y que necesariamente requiere la presencia del firmante (...). Dado, además, la gran utilidad probatoria de la firma autógrafa, nada debe impedirnos considerarla, como tal, aunque sea estampada con lápiz óptico"⁹

2) Para otra postura, es sólo electrónica por el hecho de que ni la jurisprudencia ni la doctrina se han expedido aún y que la tendencia es a considerarla de esa naturaleza.¹⁰

3) Por último, reseñamos los análisis de Walter Schmidt y Néstor D. Lamber. Schmidt meticulosamente advierte que el hecho de ser estampada de puño y letra no permite afirmar que la misma sea ológrafa, puesto que una de las características fundamentales de esta firma es su inescindibilidad con el soporte al cual accede (papel), existiendo una "vinculación directa de la propia firma con el contenido"¹¹. Este razonamiento exhibe que, una vez estampado el trazo, es imposible la separación de la firma del soporte papel que contiene el texto documental.

"... la firma tiene una necesaria vinculación con el texto del cual se pretende expresar la declaración de voluntad. Esta inmediatez con el texto y el carácter

⁹ ALTERINI Ignacio E. y ALTERINI Francisco J., op. cit. Ver también ALTERINI Ignacio E., "Certificación digital de firma", Adelanto de Revista del Notariado N°939, publicado online el 16/8/2021.

¹⁰ ABDELNABE VILA, Ma. Carolina, "Naturaleza jurídica de la firma digitalizada", La Ley, Suplemento especial *LegalTech*, 2018 (noviembre), p. 1 yss.

¹¹ SCHMIDT, Walter C., "La firma manuscrita en dispositivo electrónico: ¿ológrafa?" inédito, suministrado por el autor.

de inescindibilidad con el mismo debería de ser una condición necesaria para tratar de sostener que la firma manuscrita en un dispositivo electrónico es una firma ológrafa."¹²

Característica que se encuentra ausente en la firma digitalizada, puesto que la misma no es estampada en el documento electrónico a "firmar", sino en un dispositivo periférico (*sign pad*), que posee un *software* y un *hardware* propios.

"En esta modalidad, la persona que ha de estampar su firma manuscrita lo hace sobre un dispositivo electrónico -que es un pad, un móvil o una Tablet- cuya función es la de capturar y registrar su firma, pero no lo hace debajo del documento sino que lo hace en forma separada. Posterior y tecnológicamente se vincula la firma al documento.

En virtud de ello el procedimiento que se utiliza para firmar un documento mediante una firma manuscrita en un dispositivo electrónico no cumple con las características de inescindibilidad de la firma con el documento, ni tampoco con la inmediatez de la firma con el texto ya que la firma es "colocada" en el instrumento. El instrumento no es firmado sino que se firma en un lugar separado del instrumento y posteriormente se inserta la firma en el documento. La vinculación se da tecnológicamente."¹³

Por su parte, Lamber realiza una crítica análoga sosteniendo que la firma manuscrita queda estampada en un soporte que no se puede alterar sin rastros físicos, lo que imposibilita su nuevo uso y favorece el debido control jurídico.

"El control de la aplicación de la firma digital por el titular del certificado es uno de los elementos determinantes de su eficacia jurídica, lo que no ocurre con la firma digitalizada que técnicamente podría ser objeto de transmisión y tratamiento por quien tiene el control del panel de firma y la aplicación que permite su función conforme a su código (informático)."¹⁴

¹² *Ibídem.*

¹³ *Ibídem.*

¹⁴ LAMBER Néstor Daniel, "Documento Notarial Electrónico. Panorama Actual. Teoría y Práctica", 1ra edic. adaptada, Di Lalla, CABA, 2021, p. 180.

Asimismo, sostiene que la mayor objeción jurídica que encuentra este tipo de firma "digitalizada" radica en la literalidad del segundo párrafo del art. 288 CCCN, que establece que los documentos en soporte electrónico deben estar firmados digitalmente para ser considerados instrumentos firmados, contemplando la posibilidad de considerar satisfecho el requisito de firma con la aplicación de la firma electrónica (art. 5 de la LFD), en tanto se asegure indubitadamente su presunción de autoría e integridad documental en los casos previstos por ley especial.

Respecto a su naturaleza jurídica, este autor refuta a quienes la consideran electrónica diciendo que "la firma digitalizada no comparte la estructura de las firmas electrónicas y menos su especie, la digital, por lo cual no puede considerarse equivalencia funcional alguna para la suscripción de documentos electrónicos, para los que la norma expresamente reserva la firma digital."¹⁵

Por los motivos expuestos, se adhiere a la postura que entiende que la firma digitalizada no puede ser considerada firma ológrafa sin más, puesto que los riesgos que se afrontan bajo esa concepción son ciertamente siderales si se advierte que cualquier sujeto podría capturar el trazo y replicar la firma de una persona cuantas veces quisiera y en cuantos documentos electrónicos desee, sin que ello pueda ser advertido en una pericia caligráfica, la que dará por válida a la firma en todas sus reproducciones. Las innumerables contingencias fraudulentas que se pueden presentar al comenzar a capturar la firma digitalizada en cada compra, contratación o acto jurídico en general que realice una persona amerita su meditación profunda y amenaza cualquier posibilidad de asimilarla a una firma ológrafa sin que exista un oficial público que verifique, legitime y garantice la vinculación entre el consentimiento del firmante y el documento firmado.

De aquí que se propicia una regulación legal que establezca la equiparación entre la firma digitalizada y la ológrafa siempre que la misma sea efectuada ante un fedatario, funcionario que, mediante su función, podrá

¹⁵ *Ibíd.*

otorgar las garantías suficientes que permitan vincular el contenido del documento que el requirente desea firmar con su trazo estampado en un dispositivo de firma electrónica, acto al que, además, se le embeberá una legitimación en soporte digital con firma digital del fedatario público. Este mecanismo permitirá a cualquier ciudadano acceder a sus derechos en el ámbito digital sin riesgos ni necesidad de contar con firma digital.