



Consejo Federal del Notariado Argentino

Consejo Consultivo de Ética

VISTO: La solicitud de Dictamen que realizara el Consejo Federal del Notariado Argentino sobre la Plataforma Digital implementada desde el mes de mayo del corriente año por el Colegio de Escribanos de Ciudad de Buenos Aires, respecto a que si dicha Plataforma afecta las normas éticas del notariado latino.

CONSIDERANDO:

Que desde hace años se estudia el tema de las llamadas nuevas tecnologías vinculadas al notariado. Estas herramientas permiten que el servicio notarial sea más eficiente ante los requerimientos que caracterizan las necesidades de la sociedad actual. No obstante, al abordar el tema prontamente advertimos que, en el desarrollo del ejercicio de la función pública notarial, tales herramientas tecnológicas cumplen determinados fines y que hay que distinguirlas para su mejor comprensión.

Estamos inmersos en una revolución tecnológica que, siendo partícipes, no logramos dimensionar en su total magnitud. La vertiginosidad de los cambios no nos permiten detenernos y observar que, como un habitual juego de palabras “no estamos en una época de cambios, sino en un cambio de época”. Somos protagonistas de lo que algunos consideran la mayor migración de la historia de la humanidad: la migración del mundo

físico al mundo digital, siendo el impacto que se genera para el ejercicio del derecho tan fuerte e innegable como real y contundente.

En este indudable panorama se impone trabajar sobre bases ciertas, sólidas de implementación real y concreta, ACORDE CON NUESTRO DERECHO VIGENTE.

La premisa debe ser innovar sin perder la esencia, debemos partir de una premisa básica, con independencia de la herramienta tecnológica utilizada donde el notario siempre debe cumplir los requisitos y recaudos legales vigentes que garanticen la obtención de un documento notarial existente, válido y eficaz. A tales fines el autorizante debe calificar la capacidad, identificación y legitimación de los otorgantes del acto. Debe además resguardar que el consentimiento negocial sea prestado debidamente informado a partir del asesoramiento previo y sin vicios congénitos que puedan invalidarlos. Para ello debe recibir la voluntad de las partes, indagar acerca de la causa fin del acto jurídico a celebrarse, encuadrarlo jurídicamente para garantizar su legalidad. El camino hacia un resultado exitoso requiere mínimamente de una plataforma segura bajo la órbita del notariado local, de la identificación certera de los otorgantes y de la utilización de la firma digital que provee integridad, inalterabilidad y conexidad con el titular signatario con presunción de autoría.

Cabe al respecto, una reforma legislativa ya que la norma deberá prever la base sobre la cual fundar la migración del ámbito analógico a lo digital, cuando de documentos notariales se habla. Es cierto que en la República Argentina contamos con legislación que se ocupa de la creación, implementación y utilización de ciertas herramientas tecnológicas. Solo para poner un ejemplo, citaremos la ley de firma digital 25.506, que reconoce y establece las condiciones de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica y crea la infraestructura de Firma Digital de la República Argentina y su modificación dada

por la ley 27.446 de simplificación y desburocratización de la Administración pública nacional. También es cierto que el Código Civil y Comercial de la Nación al regular la forma del acto jurídico introduce la diferencia entre el instrumento particular, el privado y el público y de alguna manera se abre al ámbito de lo digital. No obstante, todo ello es insuficiente para aprehender en la normativa de fondo con la cual contamos, lo que realmente está sucediendo en el ámbito de las conductas humanas.

Razones más que suficientes para dinamizar investigaciones como las que abordamos a los efectos de dar respuestas válidas y responsables a los interrogantes que no encuentran soluciones en el derecho positivo y cuya reforma se impone.

De conformidad con las disposiciones contenidas en los artículos 259 al 262 del CC y CN sabemos, que para que el acto jurídico produzca sus efectos propios deber haber un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (art. 260) pudiendo ser oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262).

En el caso de los actos jurídicos celebrados en el ámbito digital la exteriorización de la voluntad se producirá mediante la ejecución de un hecho material (una acción) que busque tener un impacto en el circuito digital, por lo general pulsando el botón del mouse o presionando alguna tecla del teclado, (aunque también pueden requerirse otras acciones específicas tales como la toma de la huella digital o el escaneo de rasgos faciales).

Luego, cuando estos actos jurídicos estén dirigidos a regular las relaciones patrimoniales de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 957 del CCy CN, estaremos ante un contrato. Teniendo en cuenta que se trata de conductas producidas en el ámbito digital, propio de la informática, a estos contratos se los ha denominado contratos electrónicos.

En virtud de ello en la mayoría de los casos los contratos electrónicos quedarán encuadrados dentro de los contratos celebrados a distancia, regulados por el CC y CN en sus artículos 1.105 y 1.106 como una modalidad especial de los contratos de consumo.

Debemos advertir que el acto jurídico electrónico no debería aplicarse de igual modo en otros ámbitos jurídicos, tales como el derecho administrativo, el derecho procesal, el derecho de familia y sucesiones y los derechos legales, en virtud de que los principios y bienes jurídicos tutelados exigen una mayor seguridad jurídica, no solo en cuanto a la identificación de las partes sino también en cuanto a la necesidad de que las mismas puedan contar con la información necesaria que dichos ámbitos requieren y al logro de la formación jurídica de su voluntad.

La firma digital en la Argentina es un concepto que ha quedado reservado para un método específico de suscripción que se apoya en la criptografía asimétrica mediante la utilización de un certificado digital basado en un par de claves interrelacionadas entre sí, otorgado por una entidad certificante alojado en un dispositivo criptográfico específico (token físico o token remoto o en la nube), que responde a un sistema de firma digital conocida como infraestructura de clave pública.

El concepto de firma electrónica, en cambio, es un concepto residual, pues el artículo 5° de la ley de firma digital lo define como un procedimiento electrónico con determinadas características que carezca de alguno de los requisitos legales de la firma digital.

Desde el punto de vista subjetivo observamos que la firma electrónica requerirá de una acción, esto es, la producción de un hecho exterior que haya sido empleado por el signatario como su medio de identificación.

La firma electrónica no tiene los mismo efectos que la firma digital (art. 3 de la ley 25.506).

Respecto de los efectos de la firma electrónica debemos considerar que mientras, como hemos dicho, el art. 288 del CC y CN en consonancia con los artículos 2 y 3 de la Ley de Firma Digital, asimilada a los alcances de la firma digital con los de la firma manuscrita, el propio art. 5 de la Ley de Firma Digital en su parte final establece que en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez otorgándole a esta ultima efectos probatorios de inferior jerarquía. De esta manera podríamos afirmar que para que la firma electrónica alcance los efectos jurídicos que caben atribuirle a la firma debe acreditarse su validez, esto es la firma electrónica debe ser probada.

Resulta lógico inferir aquí que si debo luego probar la aplicación de una firma electrónica entonces el valor jurídico de esta herramienta se ve seriamente disminuido. Pareciera ser ello una consecuencia de la conciencia del legislador, de comprender los riesgos latentes de falsificación o suplantación de personas en al ámbito digital y de las potenciales debilidades (en cuanto a seguridad informática) en este modo de exteriorización de la voluntad.

A partir de la genuina concepción clásica del derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto, orientada a la realización del arte de lo bueno y equitativo, vemos como la palabra “derecho” en griego clásico expresa su concepto: lo justo, y lo mismo indica la palabra latina “jus”.

Siendo ello así, del mismo modo que la medicina tiene por fin principal curar a los enfermos y preservar la salud de los sanos, el derecho tiene por objeto la realización

concreta de aquello que en cada caso específico resulta más justo en la medida asequible a los hombres, con el fin de que la vida social se desarrolle en paz.

El artículo 290 inciso a) del CC y CN establece que la actuación del oficial público debe ser realizada en los límites de sus atribuciones y su competencia territorial, de manera tal que se advierte el incumplimiento legal vigente de la competencia notarial en relación al territorio en la utilización de esta plataforma que no distingue geografías.

La inmediación es el medio que permite al notario conocer lo más acabadamente posible la realidad y desarrollar cabalmente las tareas propias de su función proporcionando confiabilidad al método que el notario emplea para determinar la verdad en torno a ella, como presupuesto necesario para alcanzar la determinación notarial del derecho y la justicia del caso concreto.

La inmediación es el principio por el cual se exige que las personas, los hechos y las cosas (de corresponder) estén en presencia del notario pero además, que en su presencia lleven a cabo sus actuaciones y realicen sus declaraciones de voluntad.

Por su parte la presencia y asistencia personal entre las personas y ante los actos y las cosas es el medio que mejor posibilidad dá al notario cumplir acabadamente con cada una de las operaciones propias de su profesión y el instrumento necesario para que el notario pueda conocer la realidad material y espiritual y partiendo de ella logre determinar lo justo. De esta manera garantiza la adecuación del documento a la realidad y al ordenamiento jurídico y se introduce en lo más profundo del sistema en tanto sostén de la veracidad, la legalidad y la profesionalidad así como de la eficacia del documento y de la fe pública.

La trascendencia de la inmediación queda aun mas de manifiesto en cuanto advertimos que la actuación notarial es concomitante con el nacimiento de los hechos, relaciones y

situaciones jurídicas que son su objeto. Ello exige que el notario obtenga el conocimiento de esa realidad jurídica en forma directa e inmediata. La constatación de hechos y la determinación notarial del derecho no pueden recaer sino en hechos y en relaciones y situaciones jurídicas presentes con los que el notario toma contacto en su génesis y que impactarán en el futuro. Por otro lado nuestra intermediación no puede quedar reducida a la sola percepción sensorial, pues de ser así la actuación notarial quedara circunscripta a la esfera del conocimiento sensible, de los hechos sin posibilidad de actuar en la esfera del derecho y del conocimiento intelectual, de desarrollar las tareas propias de su profesionalidad y de determinar notarialmente lo justo, cuestiones que son el meollo de la función notarial y esenciales para alcanzar sus fines.

El principio de intermediación encuentra su reflejo legal en nuestro derecho positivo en los artículos 296 y 301 CC y CN, al regular tanto la eficacia probatoria del instrumento público (en su art. 296) como los requisitos de las escrituras públicas (art. 301) exigiendo, en ambos casos, la percepción directa de los hechos por parte del notario.

Asimismo las legislaciones locales que reglamentan el ejercicio de la función notarial también receptan el principio de intermediación.

El artículo 301 del CC y CN exige que el notario deba recibir por sí las declaraciones de los comparecientes con respecto al acto a otorgar y calificar los presupuestos y elementos y su configuración técnica. Sienta así el principio de inmediatez entre la persona y el acto particular a realizar, donde deberá identificarla mediante un juicio de apreciación basado fundamentalmente en su documento de identidad o su previo conocimiento y la capacidad de discernimiento del requirente con relación al acto particular.

La plataforma analizada carece de respaldo legislativo con respecto a la certificación de firma notarial de una firma consignada en otro espacio geográfico de manera remota

mediante la utilización del dígito de una mano deslizado sobre una pantalla y principalmente existe, en la utilización de esta plataforma y sistema de certificación remota, la ausencia de la intermediación notarial como instrumento central del método notarial para el conocimiento de la realidad jurídica y la determinación del derecho.

En la intervención notarial, en esta plataforma, mediante comunicación a distancia a los efectos certificantes, no hay intermediación, es por ello que debemos precisar que la incorporación de la actuación notarial remota o a distancia en nuestro derecho positivo requiere de una reforma legal que así la recepte. Teniendo en cuenta la letra del artículo 288 del CC y CN y la necesidad de contar con una reforma legislativa que recepte la posibilidad de actuación notarial remota en nuestro derecho positivo, recomendamos que la ley especial que reglamente la actuación notarial remota debería admitir expresamente la utilización de la firma electrónica en ese ámbito.

El principio de intermediación, como se expuso al principio, representa hasta nuestros días un contexto único, inflexible y seguro que abriga confianza, certeza, seguridad, privacidad, integridad, cercanía. No desconocemos que el otorgamiento y autorización del documento notarial, cualquiera sea el tipo de acto que contenga no puede permanecer incólume y mantenerse ajeno a las innovadoras herramientas que la revolución tecnológica suministra.

Será la pronta respuesta legislativa que suministre cada parlamento, la capacitación del notariado y la atinada y perspicaz prudencia de estos agentes públicos los que continúen acompañando a la sociedad en los principales actos jurídicos vinculados a su patrimonio, a su persona y a la de los suyos, brindándole documentos seguros con eficacia probatoria privilegiada.

La actuación notarial a distancia es una realidad del presente, que no es posible de ninguna manera desconocer. Negar esta realidad es definitivamente, abrir las puertas hacia un pasado que claramente desconoce el avance de la civilización.

Pero la realidad debe ser incorporada dentro del derecho y fuera de él. En este sentido el mayor error que puede cometer un jurista es aceptar sin más esa idea que el derecho debe cambiar con los tiempos; que debe adecuarse pasivamente a la realidad, adaptarse a los tiempos como se ha dicho tantas veces. Los principios que inspiran el derecho no deben cambiar con los tiempos; no deben cambiar nunca; la única adaptación que procede es la que persigue adecuar las normas para golpear las nuevas formas de abuso y violencia que puedan surgir. El derecho puede y debe cambiar, pero para seguir siendo derecho. Fundar el derecho pura y exclusivamente sobre el interés acaso tenga el peligro de desconocer el interés supremo, que es el de la justicia.

No se trata, entonces, de desconocer o de no querer “adaptarse” a la cuestión tecnológica. Se trata de poder presentar su utilización dentro del marco jurídico que nos abriga, nos cobija y nos resguarda. Para poder, por sobre todas las cosas, generar un sistema de protección de la persona humana y de las personas no humanas en general ya consideradas en la doctrina jurídica nacional, que sea capaz de brindar asistencia frente a los posibles daños que puedan generarse en los derechos de los semejantes.

En este sentido, sobre los valores éticos y esenciales de nuestro derecho, cinco son los principios del derecho privado actual que se deben tener en cuenta y que los encontramos en el Código Civil y Comercial de la Nación: la coherencia (artículo 2); la razonabilidad (artículo 3); la buena fe (artículo 9); la prudencia (artículo 1.725) y la responsabilidad (artículo 1.708).

El cumplimiento de la sumatoria de todos los deberes es lo que nos hace fuertes, lo que nos acerca a la sociedad y nos aleja de la moda economicista, como dice el notario de Sevilla Victorio Margariños Blanco, quien escribiera la obra “Deontología y ejercicio de la función notarial” del mercado de la fe pública, donde parece que todo se compra y consecuentemente todo también se vende, o como también lo menciona Bernardo Pérez Fernández del Castillo al comentar el error de pensar que la actividad notarial se asemeja a una industria de actos notariales y que como tal debe aprovecharse de las ideas de la mercadotecnia y la publicidad. De esta forma, los deberes de lealtad y de cumplimiento de las normas legales vigentes son esenciales.

En consecuencia se RESUELVE:

- 1) Interpretamos que la plataforma analizada está implementando un sistema de certificación de firmas remota, que más allá de lo “innovador” o “útil, no cuenta con respaldo legislativo, es decir, es por ahora inexistente en el derecho argentino, por más que utilicemos la interpretación o analogía.
- 2) Advertimos que los dictámenes de este Órgano, no tienen efectos vinculantes, siendo el fin de los mismos el de colaborar con los Colegios Notariales y con los órganos disciplinarios, en sus decisiones sobre la calificación de las conductas.

Esc. Lidia Dora Lasagna

Secretaria CCE

Esc. Mario Leonardo Correa

Presidente CCE

Este Consejo Consultivo de Etica ha tenido en cuenta para la elaboración del presente Dictamen la entrevista mantenida, mediante videoconferencia, entre los miembros referentes del Colegio de Escribanos de Ciudad Autónoma de Buenos Aires Escribana Maria Teresita Acquarone y Escribano Santiago Pano y los miembros de este Consejo Consultivo de Etica.

Así mismo se tuvo en cuenta la siguiente bibliografía:

- “Decálogo para la Actuación Notarial a Distancia de la UINL”, según texto aprobado por el Consejo de Dirección el 26 de febrero de 2021.
- DERECHO Y TECNOLOGIA Aplicaciones Notariales – Colección Universidad Notarial Argentina - Directora Cristina N. Armella. Autores: Cristina N. Armella – Sebastián J. Cosola – Franco Di Castelnuovo – Santiago Falbo – Néstor D. Lamber – Javier H. Moreyra – Karina V. Salierno – Walter C. Schmidt – Gastón A. Zavala – Editorial AD HOC - 2020
- EL DERECHO Y LA TECNOLOGIA – Proyección constitucional y convencional. Ubicación de los supuestos en el Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales – Autores: Sebastián Justo Cosola y Walter César Schmidt – Tomo I – Editorial La Ley – 2021.
- LA FUNCION NOTARIAL – Enfoque Constitucional, civil, documental, nuevas tecnologías y contratos inteligentes. Director: Gastón Augusto Zavala - Editorial LA LEY – 2020
- LOS DEBERES ETICOS NOTARIALES – Autor: Sebastián J. Cosola – Editorial AD HOC - 2008

Esc. Lidia Dora Lasagna

Secretaria CCE

Esc. Mario Leonardo Correa

Presidente CCE

Avda. Callao 1542 – 1024 – Buenos Aires – Argentina
Tel.: 00 54 11 4801-1023 – int. 396 – Tel./Fax: 00 54 11 4802-9201 – E-mail:
confed@ingesis.com.ar; etica@notariadoargentino.org.ar



Consejo Federal del Notariado Argentino

Consejo Consultivo de Ética

