

Buenos Aires, septiembre 13 de 2021.

Señor Presidente del
Consejo Federal del Notariado Argentino

Not. Ignacio J. Salvucci

Ref: Plataforma Digital. Colegio de Escribanos CABA

Quienes suscriben, Javier Moreyra y Gastón di Castelnuovo, respondiendo así la solicitud que oportunamente enviara a todos los asesores jurídicos de la Institución, remitimos a usted el dictamen acerca del tema de la referencia.

Si bien el objeto de la solicitud es el análisis de la validez, eficacia y naturaleza jurídica del instrumento que expide el notario, como hacedor del documento en ese soporte digital, nos centraremos en lo que consideramos de fundamental importancia: la seguridad jurídica.

Previo a ello, no podemos sino lamentar que un intercambio de mensajes entre nosotros fuera erróneamente interpretado y llevara al envío por parte de los colegas Pilar Acquarone y Julián Mantelli de un primer dictamen, al que ahora se sumará este que, sin perjuicio de la diferencia de criterio que pueda existir entre los miembros de esta asesoría, bien podrían haber sido uno solo.

Sin perjuicio de lo dicho, y también en forma previa, nos parece útil precisar un par de conceptos a modo de breve introducción.

Así:

Por “**informática**”, entendemos el conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de la utilización de computadoras u ordenadores, tiene por fin facilitar y simplificar las tareas, sean del orden que fueran, lo que debe redundar en beneficio de la comunidad toda donde ella se aplique.

Este objetivo no siempre se obtiene, en parte por la propia complejidad de la materia y en otra porque, como toda nueva herramienta, suele faltar una debida capacitación de quienes luego la utilizan. Todo ello, sin dejar de lado la falta del menos común de los sentidos –el común– que en ocasiones se advierte en su implementación, de lo que suele resultar lo contrario a lo buscado, es decir la complicación de la labor, y ello así, sin tener en cuenta hasta aquí, la inseguridad jurídica que algunas “plataformas” han llevado a los negocios. Regresando a lo anunciado en el comienzo, no debemos olvidar este último concepto, que llevó a Recasens Siches a afirmar que “*Sin seguridad jurídica no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase*”.

Ciertamente, en toda materia pero especialmente en esta de las nuevas tecnologías, no podemos olvidar que no son la incertidumbre y la inseguridad, a buen seguro, lo que queremos para nuestra comunidad. Ella necesita -y casi lo implora- un derecho más justo, en el que la buena fe sea no sólo un principio general de interpretación.

Por “**validez jurídica**” debe entenderse la existencia específica de una norma. No será entonces novedoso afirmar que decir que una norma jurídica es válida, equivale a afirmar que ella existe como tal, y que, por lo tanto, resulta obligatoria. Esta obligatoriedad lo es en dos sentidos: para los sujetos que deben obedecerla y para los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla. Podemos hablar de validez formal y material, pero ello nos alejaría de nuestro objetivo.

Por “**eficacia**” (concepto jurídico muy amplio), entendemos la culminación de un proceso de configuración lógico-jurídico, que se integra por sucesivas etapas de tal forma encadenadas que cada una de ellas presupone la existencia de una anterior, y que desarrolladas íntegramente posibilitan su obtención.

Precisamos estos conceptos, que damos por comprendidos, pero creemos que no es su análisis lo que en rigor se nos pide ni de lo que debemos ocuparnos. Insistiremos entonces en lo dicho y reiterado: la seguridad jurídica.

Afirmar que asistimos hoy al irrumpir de nuevos fenómenos y al avance vertiginoso de la ciencia, constituye una verdad de Perogrullo y, por otra parte, hace ya años que esto constituye una más que palpable realidad. Las relaciones en la comunidad han variado siempre, pero la velocidad con la que lo hacen hoy es vertiginosa y novísimas formas de comunicación y contratación hacen su aparición constantemente.

Por último, agregaremos en esta introducción, que el notariado no puede estar ajeno a la incorporación de las nuevas tecnologías, como lo ha hecho siempre. No haría falta mencionarlos, pero recordar la antigua pluma y el tintero, las primeras máquinas mecánicas y luego eléctricas de escribir, las fotocopiadoras, los procesadores de textos y los distintos soportes de que el notario se vale hoy, basta como prueba de ello.

Dicho esto, para poder dar una opinión acabada del tema, deberíamos conocer a fondo la herramienta, sus características técnicas y su reglamentación y, de ser posible, acceder a ella, utilizándola a modo de prueba.

No dándose esas circunstancias en el caso, sólo podremos referirnos a algunos conceptos jurídicos en torno en general a las plataformas virtuales para el ejercicio de la función notarial.

1. LA PLATAFORMA A UTILIZAR

Obviamente, tal como se ha destacado, el procedimiento a seguir en lo que se denomina una sala “virtual”, debe ser realizado en una plataforma que provea y resguarde el colegio de escribanos del que se trate y estar debidamente protegido en equipos que brinden alta seguridad informática, provistos por la institución quien deberá encargarse de su actualización y seguimiento del departamento informático

Ello así, pues no resultaría seguro que fuera el propio escribano quien eligiera la plataforma y el sistema, ya que la divergencia de ellos afectaría ostensiblemente la labor de los colegas en general. Se evitarían también así polémicas infructuosas acerca de cuál sería el mejor sistema y podrá así lograrse una economía en la provisión del *hard* y del *software*.

No haría falta agregar que el procedimiento a seguir deberá contar con una organización esmerada y permanente fiscalización y asesoramiento por parte de idóneos en la materia, de modo tal que el “entorno” donde actuará el notario resulte lo más parecido al real al que estamos acostumbrados. Tampoco, que deberán ser utilizados todos los medios posibles para asegurarse de la veracidad de los hechos.

2. AUDIENCIA NOTARIAL REMOTA E IDENTIFICACIÓN DEL REQUIRENTE

La identificación del requirente es fundamental pero no la única cuestión a tener en cuenta. La biometría no es ciento por ciento segura ni tampoco lo es la consulta a una base de datos como la del RENAPER, por citar el ejemplo al que habitualmente se recurre.

Claro que tampoco lo es la exhibición personal de un documento de identidad. En este sentido, **el notario no debe limitarse a “identificar” al requirente sino a formarse un juicio de identidad, esto es a tener la convicción de que quien requiere su actuación sea realmente quien dice ser.**

Asimismo, **desde el punto de vista de la seguridad jurídica y del resultado que de la función notarial se espera, la otra cuestión central de la audiencia notarial debe ser el alumbramiento de la voluntad del requirente y su traducción al mundo jurídico y, siendo ello así, debemos preguntarnos si los nuevos medios tecnológicos nos permitirán hacerlo acabadamente.**

Al respecto, no podemos desconocer que **dicho juicio de identidad así como la comprensión de la voluntad de los requirentes son mucho más complejos de alcanzar en el ámbito digital, como consecuencia de los riesgos e inseguridad propios** (tales como *phishing*,

deep fake y otras tecnologías que permiten o facilitan sustancialmente la suplantación de la identidad; aspectos de la realidad que no pueden ser captados o percibidos a través de los medios digitales o que quedan fuera del alcance visual y auditivo que los mismos ofrecen).

En función de ello, **creemos que el conocimiento previo del requirente será sin dudas la mejor herramienta con la que contará el notario no sólo para formar el juicio de identidad sino también para traducir jurídicamente la voluntad de los requirentes, ya que permitirá reducir prácticamente por completo las vulnerabilidades características del medio digital y así continuar brindado un servicio de seguridad jurídica preventiva de excelencia, respetando la esencia de la función notarial y lo que la comunidad espera de ella.**

Por otro lado, que el notario se apoye sustancialmente en las tecnologías para llevar a cabo su función (por ejemplo, en la biometría en cuanto a la identificación de los requirentes) podría generar ciertas situaciones riesgosas para el notariado y sus competencias.

3. EXTERIORIZACIÓN DE LA VOLUNTAD Y ASUNCIÓN DE AUTORÍA POR PARTE DE LOS REQUIRENTES

Al igual que en el ámbito físico, en el ámbito digital la exteriorización de la voluntad puede efectuarse de múltiples modos, rigiendo el principio de la libertad de formas, permitiendo la utilización de herramientas tales como *password* o clave de identificación, habla, huellas digitales, etc., cuya validez jurídica y eficacia probatoria deberá ser apreciada evaluando necesariamente la "autenticidad" y la "seguridad" del documento electrónico de que se trate y el prudente ejercicio de la sana crítica judicial.

Sin embargo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, la firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en un documento y, tratándose de un documento electrónico, **queda satisfecho** si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (art. 288 CCCN).

Así las cosas, parte de la doctrina sostiene que dicho artículo es taxativo y en consecuencia en el ámbito digital el único medio legalmente válido para asumir la autoría de un documento es la firma digital, y que únicamente pueden utilizarse medios alternativos si una norma expresa y dictada al efecto así lo autoriza (tal el caso del *e-cheq* y la utilización de la firma electrónica).

Sin embargo, otros autores sostienen que además de la firma digital es igualmente válida la firma ológrafa digitalizada, es decir la firma que el requirente realiza de su puño y letra en un *pad* o pantalla táctil, sin que para ello sea necesario ninguna norma que así lo autorice, pues se trata efectivamente de una firma, independientemente del soporte en el que sea realizada.

Frente a ello, consideramos que **debe estudiarse profundamente el tema para arribar a una conclusión indubitable que no exponga al documento notarial a ataques y deje a la seguridad jurídica absolutamente resguardada.**

4. COMPETENCIA NOTARIAL

El Notariado Latino se rige por ciertos Principios Fundamentales (que provienen de la propia función y de la de deontología) **que fueron dictados con la finalidad de garantizar la delicadísima función de dar certeza y seguridad jurídica a cargo del notariado y que es fundamental para la asegurar la justicia, el orden y la paz social.**

Los notarios, en cuanto delegatarios de una parte de la soberanía del Estado, deberán ejercer su función pública, controlando de manera imparcial, independiente, y responsable, la legalidad de los actos y negocios que se celebran mediante su autorización, prestando con su actuación el servicio público de interés general de seguridad jurídica preventiva, evitando litigios y contribuyendo al desarrollo de la sociedad de la que forman parte.

Entre dichos principios, encontramos el de competencia notarial que tiene como finalidad asegurar convenientemente la prestación del servicio a todos los ciudadanos, para lo cual la ley determinará el área de competencia de cada Notario así como el número de Notarios, garantizando un reparto equitativo en todo el territorio nacional. Por su lado, las nuevas tecnologías atraviesan las fronteras físicas y borran los límites administrativos, y es indudable que el Notariado debe incorporarlas para mejorar el servicio que presta a la sociedad.

Sin embargo, su implementación no puede llevarse a cabo sin ningún miramiento, puesto que por sus propias características podrían poner en riesgo el cumplimiento de los fines de la función notarial y así, en lugar de mejorar el servicio de seguridad jurídica preventiva, podrían ponerlo en riesgo o dejar a parte de la comunidad sin él.

En virtud de ello, insistimos en la necesidad de llevar a cabo un estudio profundo del tema que nos permita arribar a conclusiones consensuadas en cuanto al modo de llevar a cabo la implementación de las nuevas tecnologías, atendiendo a las especiales características de nuestro país y de sus notarios todos.

Saludamos atentamente.

Javier Moreyra

Gastón di Castelnuovo