

FIRMA DIGITAL Y DOCUMENTO NOTARIAL

Por Gabriel B. Ventura*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN - EL NEGOCIO VIRTUAL - LA REALIDAD CAMBIA - LA CELERIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA - LA NECESIDAD - EL PARADIGMA DEL CAMBIO - REPERCUSIONES NOTARIALES – LA LLAMADA “FIRMA DIGITAL” NO ES FIRMA - LA VOLUNTAD NEGOCIAL - EXCLUSIÓN DE ALGUNOS ACTOS - LOS ACTOS NOTARIALES - EL CERTIFICADOR – EL NOTARIO COMO CERTIFICADOR

INTRODUCCIÓN

Siempre que aparece una ley, estableciendo una nueva institución, una nueva forma de contratación, o una nueva figura de derecho, se genera la idea de que cada profesión o función debe dar su opinión respecto a cómo redundará, ese nuevo fenómeno, en su actividad concreta.

Pues bien, en el presente análisis procuramos estudiar los aspectos notariales referidos a la firma digital, una nueva forma de vinculación jurídica producida a través de medios informáticos o electrónicos a distancia.

Desde el punto de vista notarial, sin embargo, es dable efectuar una crítica a este método de análisis; por lo menos desde el ángulo puramente notarial reiteramos, pues, lo notarial involucra a toda la comunidad. No puede haber aquí un punto de vista distinto, entre notarios, abogados y jueces, ya que lo notarial está presente en todos los actos trascendentes de la vida

* Profesor Titular de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular de Derecho Notarial y de Práctica Notarial de la Universidad Católica de Córdoba. Director de la Escuela de Notariado de la Universidad Nacional de Córdoba.

civil y comercial. Que el instrumento sea más o menos seguro, por ejemplo, repercute sobre todos los miembros de la comunidad; y no sólo sobre el notario que quizá, sí sea el primero en advertirlo, pero no el único que lo padezca. Igual ocurre con el conductor de un colectivo. El chofer será sin dudas el primero en advertir que el coche se ha quedado sin frenos; pero las consecuencias gravosas, las padecerán todos los pasajeros.

Estamos todos embarcados en la vida civil y comercial con forma notarial. El notario podrá sí, como decíamos, advertir primero las falencias, pero será, a no dudarlo, la comunidad toda, destinataria del sistema, la que padecerá las consecuencias negativas si la nueva figura jurídica o nuevo instituto no sirve a los fines del bien común.

Es más, si queremos profundizar el tema efectuando una crítica aun más objetiva, quizá un notario sea quien esté en peores condiciones para pronunciarse, pues él estará más influido que nadie por su situación personal: Su responsabilidad, su trabajo, su incumbencia, etc. harán de él una persona demasiado involucrada como para opinar sobre algo tan novedoso y alejado por completo de un sistema notarial latino, como lo es la llamada firma digital. Esta audaz forma de vinculación jurídica de voluntades, tanto puede brindar elementos de progreso como puede ser la fuente más fecunda de pleitos y peticiones inútiles que se hubieren evitado si no aplicáramos con demasiada premura una tecnología que aún no está del todo probada.

La “ecuación personal” del notario: ese ser parte del supuesto analizado, puede entorpecer la objetividad necesaria para un pronunciamiento imparcial. Puede quitarle visión lógica y académica y arrastrarlo, aun sin quererlo, también hacia sus propios intereses, tanto respecto de su responsabilidad como en su incumbencia profesional y funcional. No olvidemos, por otra parte, que en los intereses gremiales es donde suelen naufragar a veces algunos buenos proyectos científicos. Lo notamos en los grandes autores de

Derecho Notarial, cuando analizan la cuestión de la responsabilidad del notario por la fe de conocimiento en los casos de sustitución de personas¹. En efecto se procura en esos análisis más que ver cuál es la situación real, salir lo más liberado posible de los problemas que pueda tener un notario².

EL NEGOCIO VIRTUAL

¹ PONDE, Eduardo B. "Tríptico Notarial", Depalma, Bs.As. 1977, pág. 219 y ss. Manifiesta su disgusto, mediante simpáticas ironías, con la exigencia de la fe de conocimiento. Lamentablemente, como decíamos en el texto, sus argumentos sólo apuntan a la responsabilidad notarial, llegando a expresar: "Si en los juicios que suelen promoverse en el fuero civil y las querellas que no faltan en el fuero penal, el notario tuviera que demostrar que *individualizó*, y no que *conocía*, ¡cuán distinta sería su posición ante la justicia!". Los intereses profesionales vienen aquí, en los argumentos del ilustre autor, a enturbiar su razonamiento científico. Igual criterio sostiene Carlos GATTARI, en "Manual de Derecho Notarial", Ed. Depalma, Bs.As. 1988, quien manifiesta además que debería sustituirse el conocer por individualizar, lo que de hacerse ley "(...)significaría un tremendo avance hacia el sinceramiento de la realidad". A nuestro entender debe tenerse en cuenta, antes que eludir las responsabilidades en que pudiera incurrir el notario, el interés social de la norma y el importantísimo aporte a la seguridad jurídica que brinda la exigencia de la fe de conocimiento, tal como lo pone de resalto Carlos A. PELOSI en "El Documento Notarial", Ed. Astrea, Bs.As. 1980, pág. 204 y ss. Allí explica que el temor de los notarios a reconocer la necesidad de la fe de conocimiento, estriba en que se le da un alcance excesivo. No se requiere, explica, haber tratado durante mucho tiempo antes a la persona ni haber asistido a su nacimiento. Basta pues con actuar con prudencia, cotejando, entre otros elementos, las firmas, las personas de conocimiento conjunto, los datos que surgen de la documentación respectiva y los datos y antecedentes de la operación requerida. Igualmente Carlos E. GONZÁLEZ, en su "Derecho Notarial", Ed. La Ley, Bs.As. 1971, se manifiesta a favor de la fe de conocimiento a la que califica de "(...)integrante vital del acto instrumental sin el cual éste perdería uno de los atributos que le caracterizan, dándoles las seguridades de una fuerza casi indestructible, salvo la querella de falsedad que lo diferencian tan netamente del instrumento privado y que singularizan el alto valor del instrumento notarial en el derecho latino, en contraposición con los regímenes sajones y germanos". SALVAT, Raymundo M. Ob.Cit. Tomo II, pág. 385, expresa "(...) las escrituras públicas, como todo instrumento público, están destinadas a hacer plena fe de su contenido contra todo el mundo, y, por consiguiente, era necesario que el escribano conociese personalmente a los otorgantes de ellas; (...) la seguridad de las transacciones exigía también que así fuese, para evitar la incertidumbre y los prejuicios que resultarían de la sustitución de personas; si el escribano debe conocer personalmente a los otorgantes y si debe dar fe de que los conoce, estas sustituciones se hacen poco menos que imposibles, a menos de contar con su complicidad o negligencia".

² En este sentido es notable advertir cómo los notarios han procurado en estos últimos tiempos sacarse y sacarse más responsabilidades, sin advertir que ello resta función y servicio al notario, que merced a esa actitud irresponsable se transforma, por así decir, en un mero "ponedor de sellos"; todo ello justamente en una coyuntura general "antinotarial". Explicando la contradicción de ese procedimiento llevado a cabo por quienes conducen los Colegios Notariales del País, en nuestras clases solemos narrar un fragmento preparado especialmente al efecto que se titula "El ama de llaves responsable" y dice así:

"Señor -inquirió el ama de llaves a su patrón- yo no quiero tener el manejo de la llave de la caja. ¿Porqué?, preguntó el señor - pues... verá... si alguna vez falta algo de dine-

A pesar de lo apuntado, tratando de ser lo más objetivo posible, a cambio de analizar la ley como funcionario fedatario, la analizaremos como usuario de la función. Ello nos mueve a reflexionar primeramente que si bien todos, alguna vez, hemos pagado por teléfono una factura o hemos comprado algunos de esos productos que venden por T.V. con imputación a nuestra tarjeta crédito; en general se trataba de montos y productos de poco valor y aun así la operación no carecía de algunos riesgos, como es el paso del número de tarjeta por teléfono y la posibilidad de contratación sin firma de ninguna clase. No nos imaginamos, sin embargo, comprando, mediante ese procedimiento, un departamento, un avión o un buque. Este análisis primario y subjetivo nos permite advertir que no depositamos toda nuestra confianza en ese sistema, con un soporte tan fugaz y poco fiable como es la comunicación telefónica, remitos y firmas post negociales asegurando la recepción. Estimamos que la firma digital, hasta ahora, no nos permite un depósito de confianza suficiente como para haberla incorporado a nuestra legislación y que ello constituye una falta de prudencia legislativa.

ro, o alguna joya, en fin... sabe Ud. que yo soy muy responsable y no quisiera verme envuelta en una sospecha de su parte. Está bien - contestó el patrón comprensivo-, dámela entonces. Más tranquila suspiró aliviada ahora el ama.

Pasó un tiempo y ya algo más inquieta se atrevió a dirigirse nuevamente a su patrón: - Señor... Ud. perdone no...; pero me parece que tener yo la llave de la biblioteca es un poco riesgoso para mi buen nombre. Yo agradezco su confianza, pero... ya sabe Ud. que soy tan responsable que no podré dormir pensando en que faltara algún ejemplar de aquellos que Ud. aprecia tanto y fuera a pensar que yo... ya sabe... sería incapaz de abusar de su confianza, pero preferiría no correr el riesgo de verme implicada en ese caso. Está bien - contestó el patrón ya algo ofuscado, y retiró la llave de la biblioteca al ama quien ahora sí sintió verdadero alivio.

Pero no pasó mucho tiempo hasta que la 'responsabilidad' del ama llamó nuevamente a su conciencia. Se dirigió a su patrón, ya más decidida, pues había advertido la facilidad con que él comprendía lo de su responsabilidad, y le inquirió: -Señor, Ud. perdone pero no me parece apropiado que maneje yo la llave de su casa. No es posible que pueda yo entrar y salir sin que Ud. ni tan siquiera se entere. Es para mí demasiada responsabilidad y ya sabe como soy yo en materia de responsabilidad... - No te molestes en seguir - interrumpió el patrón con tono grave - y trae aquí esa llave que no la necesitarás más, ya que no me sirves para nada de esta casa te vas".

Extraemos como conclusión del texto que la principal función del notario en el marco jurídico social, radica en hacerse cargo en "spondeo". De allí la necesidad de formar al notario en la que llamamos responsabilidad preventiva. La responsabilidad vista, más que en la obligación de reparar el daño (a la que llamamos en nuestras clases de Derecho Notarial: "responsabilidad patológica") en la necesidad de no provocarlos (responsabilidad diligencia del obrar con cuidado y previsión). Es el art. 1067 del Código Civil, pero leído de manera "preventiva". Antes que decir "no hay responsabilidad sin daño", expresar: "con responsabilidad no hay daño".

Debe tenerse presente que el sistema no sólo repercute en la vida de quienes decidan voluntariamente hacer uso de él. También genera inseguridad a quienes lo rechazamos, ya que justamente queremos evitar quedar inmersos en su regulación por la actitud dolosa o culposa de algún usuario con capacidad informática suficiente para generarnos una firma digital inexistente y vincularnos a una relación jurídica no querida.

Así aparecen en nuestro pensamiento fantasmas de ventas a las que no hemos asistido ni física ni jurídicamente, sin interés en vender lo que allí aparecemos vendiendo y, lo que es peor, sin percibir el precio de dicha venta. Quiere ello decir que no sólo se reciente la seguridad dinámica, aspecto que habría cedido frente a la celeridad del tráfico; sino que también sus efectos repercuten sobre la seguridad estática o del derecho subjetivo.

Nos asusta la seguridad jurídica sostenida en un soporte virtual y con una firma también virtual. Más que seguridad jurídica debería hablarse de SEGURIDAD VIRTUAL o, porque no reconocer su real contrapartida: **PELIGROSIDAD VIRTUAL**.

No dudamos que todos los preconceptos que tenemos tan arraigados en nuestra formación civilista harán lo suyo a la hora de rechazar una institución que parece destruir todos los argumentos del Código Civil. Lo primero que se nos ocurre es que cuando nos informemos detenidamente del mecanismo de la firma digital, cómo funciona, y leamos detenidamente la ley que se nos impone, habrán de esfumarse todos esos temores fruto de un espíritu quizás demasiado conservador y tan arraigado en los textos de Vélez (nota al art. 916, arts. 1012 y ss. del C.C.)³.

Sin embargo luego de su lectura y análisis no podemos concluir sino que esta ley constituye toda una falta de respeto. Una agresión más que re-

³ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; "Codificación civil y Derecho Comparado", Ed. Zavallía, Bs.As. 1994, pág. 24. Remarca que "prudencia" no es quietismo ni conservadorismo y, citando a Luis Diez Picazo, expresa que a veces la audacia y la anticipación constituyen actitudes prudentes.

cibe el pueblo argentino de sus gobernantes. Frente al riesgo país, a la carencia total de circulante, al generalizado desempleo⁴, etc., aparece una ley que lejos de ser una solución o paliativo para los problemas que nos angustian, pasa a ser un problema más y puede llegar a ser, quizás, uno de nuestros PRINCIPALES PROBLEMAS.

LA REALIDAD CAMBIA

Si bien es cierto que la realidad social está en constante cambio y que es necesario que el derecho acompañe oportuna y apropiadamente dichos cambios, para evitar que los acontecimientos avasallen las normas que lo traban⁵. Ese acompañamiento debe suceder sólo cuando el cambio sea evolutivo, ya que así como la realidad de los hechos repercute en el cambio del derecho, también un oportuno cambio jurídico genera repercusión en los hechos; y ese encauzamiento oportuno denota el quehacer responsable del jurista y sobre todo del legislador. Acompañar legislativamente una involución jurídica es legitimarla sólo para evitar un conflicto en lo positivo; pero la existencia del mandato inicuo no impedirá la injusticia del sistema.

Estimamos que en este verdadero ensayo que constituye la ley 25.506 debieron tenerse en cuenta, por lo menos, los valores implicados. Si ya Vélez, a quienes los legisladores modernos, por la improlijidad de los proyectos y leyes actuales, nos han enseñado a admirar cada día más⁶, había

⁴ Posteriormente vinieron el "goteo" de extracciones de las cajas de ahorro y finalmente la confiscación, "corralito", pesificación..., etc.

⁵ MOISSET DE ESPANES, Luis; Ob.Cit. pág. 22.

⁶ VENTURA, Gabriel B. En el homenaje a Vélez Sarsfield con motivo de su 200º natalicio decíamos: "Quien visite el templete de don Dalmacio Vélez Sarsfield, erigido con toda su bibliografía en la Biblioteca Mayor de la Universidad Nacional de Córdoba, podrá maravillarse contemplando el manuscrito del Código Civil Argentino. En ese elaborado y minucioso trabajo pueden apreciarse, en lo físico, tiras de papel, solapas y pliegues adheridos, sea anotando artículos, explicando o fundando la resolución normativa, sea enriqueciéndola con la apropiada cita de los autores consultados; hay también tachas y enmiendas de toda índole. Denota así una actividad responsable y seria de quien leía y releía una y otra vez lo redactado con una humildad correctora encomiable que constituye, sin dudas, un ejemplo a seguir para los legisladores modernos". (En "La Acción Reivindicatoria del adquirente pro usucapion antes de la sentencia que declare su dominio". Ed. Academia Nacional de Derecho y C. Sociales de Córdoba, Córdoba, 2000, pág. 168).

distinguido en el 1193 los contratos de cierto valor para exigirle la formalidad por escrito; bien podría la ley 25506 efectuar también aquí una distinción similar para evitar encajar dentro de este sistema los contratos con grandes valores en juego⁷.

La ley procura una facilidad más a los capitales extranjeros. El destructivo invasor ya tiene su propia música en nuestro país, su idioma, sus costumbres, algunas figuras contractuales, etc. Pues bien... faltaba eso: el contrato virtual con firma también virtual, que aunque alejado por completo de nuestras costumbres y necesidades, brinda sin embargo una útil herramienta a los poderes extra-nacionales que ya no necesitarán poner sus pies en los corrales para controlar y manejar la producción de sus facendas.

LA CELERIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Se busca celeridad, pero debe remarcarse que siempre la celeridad tiene un costo: nos roba una dosis de seguridad. Eso es una verdad irrefutable. No pueden discutirse en este mundo tan comunicado, las bondades de la celeridad; pero en ello debe haber prudencia y equilibrio.

Debemos tener presente también que, si bien la seguridad jurídica se manifiesta como un valor único, tiene sin embargo dos manifestaciones que es necesario resaltar a los fines de nuestro análisis: Seguridad estática o del derecho subjetivo como le llama Vallet de Goytisoló y seguridad del tráfico o dinámica. Pues bien, en determinadas coyunturas económicas, sociales o jurídicas, pueden llegar a quedar como manifestaciones opuestas. Así, si se privilegia la manifestación dinámica de la seguridad, se corre el riesgo de disminuir la seguridad estática e, inversamente, si se procura sólo la seguridad estática, podría llegar a desaparecer su manifestación dinámica. Por ello siempre nos figuramos la posibilidad, nada alejada de la realidad, de encon-

⁷ En rigor de verdad, algo de esto hay en el art. 4 de la ley 25.506 que excluye de aplicación de la "firma digital" algunos supuestos. Estimamos que debería haber también una exclusión considerando los valores económicos.

trarnos en una coyuntura o relación de intereses dada, en el supuesto de que ambas manifestaciones de la seguridad lleguen a quedar en pugna, como rechazándose una a la otra (tal como ocurre con lo puesto de manifiesto en la ley 25506 de firma digital) En un caso así no debemos dudar en hacer primar **LA SEGURIDAD ESTÁTICA**. De lo contrario pasará que hoy soy propietario, hoy tengo tales derechos, mañana no los tengo porque algunos empresarios quisieron poder contratar más rápidamente desde sus respectivas oficinas.

La seguridad dinámica puesta, equivocadamente, por encima de su manifestación estática es nociva a toda idea de orden jurídico, es intervertir o subvertir los valores jurídicos⁸.

LA NECESIDAD

En reciente publicación en Comercio y Justicia de Córdoba, un autor manifiesta que ahora con la firma digital queda cubierta una importante “necesidad social”⁹. Preguntemos a la ciudadanía, no necesariamente en una villa de emergencia, a la clase media: profesionales, médicos, abogados, arquitectos, notarios, etc. En un hogar de clase media preguntémosle a ese padre de familia en qué va a ayudarle la incorporación de la firma digital al derecho positivo argentino. Entre los presentes pregunto ahora ¿Quién necesitaba la firma digital?. Nadie; ... señores nosotros somos el pueblo y no la clase más necesitada precisamente. ¿Porqué nuestros representantes nos hacen esto?... Y, lo que es peor: ¿Porqué les dejamos hacerlo?.

⁸ En nuestras clases solemos ilustrar las dos manifestaciones de la seguridad jurídica con la imagen de un puente que representa la seguridad dinámica. Cuánto más firme y segura sea la construcción de ese puente, más seguridad dinámica existirá; hasta podremos cruzarlo corriendo sin temor a su caída. Pero... ¿de qué nos sirve si al llegar a la ribera se nos desmorona la barranca y caemos al río?. Sin dudas la dinámica es importante; pero tiene su fundamento sólo en el arribo cierto a la seguridad estática (la ribera en el ejemplo dado).

⁹ ALTAMIRA, Matías; “La firma digital es ley nacional”, Comercio y Justicia (26/11/2001), pág. 6. En el subtítulo dice “Su sanción dota al país de un valioso instrumento de cara a las **necesidades sociales**, comerciales y jurídicas del mundo globalizado”.

EL PARADIGMA DEL CAMBIO

Esto nos demuestra algo que venimos advirtiendo día a día. Así como cuando hay un cambio revolucionario, ello repercute sobre los modelos tenidos en cuenta, aquellos que se han transformado en los paradigmas científicos, una suerte de acostumbramiento paulatino y generalizado no cuestionado por la comunidad. Aquí, en el mundo social y jurídico de hoy, **ese cambio es el cambio mismo**. El nuevo paradigma que se ha instalado en lo social de los tiempos que corren es la necesidad del cambio constante. A tal punto que no llegamos tan siquiera a tomar experiencia en una nueva figura, en una nueva forma y ya se la cambió nuevamente. **Vivimos en los tiempos del paradigma del cambio**. Poco importa si era o no necesario cambiar; la actual consigna dice que si ya estuvo vigente un tiempo debe cambiarse. Las nuevas generaciones quieren destruir la tradición y las costumbres sólo para “gozar” de lo nuevo al más puro estilo “snobista” o fachendista.

Al efecto Moisset de Espanés expresa que “[...]ese cambio histórico puede asumir la forma de una crisis cuando la generación pretende destruir lo heredado, para recién sobre las ruinas edificar algo nuevo, lo cual resulta ciertamente negativo”¹⁰.

Remarquemos una vez más que sólo los cambios evolutivos que nos lleven por buena senda, brindando un sistema seguro y ágil, deben ser receptados por el legislador responsable. El cambio por el cambio mismo debe rechazarse de plano si no va acompañado de elementos positivos que nos permitan paliar dificultades o conflictos arribando a soluciones justas.

REPERCUSIONES NOTARIALES – LA LLAMADA “FIRMA DIGITAL” NO ES FIRMA

¹⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis; Ob.Cit., pág. 27.

Veamos ahora en que influye este “invento” técnico e “invento” jurídico en el quehacer documental notarial.

El art. 3 aplica la fuerza vinculante de la firma común (la única) a la llamada “firma digital”; que, en realidad, de firma no tiene nada. Deberíamos llamarle “signo”, “código”, o “password”, pero no firma.

Las leyes van destinadas al vulgo, al hombre común, a los legos, y la idea de la firma puesta al pié, siguiendo las acotaciones de Vélez, en la nota al art. 916 del Código Civil, así como toda la regulación referida a ella en los arts. 1012 y siguientes del Código Civil, de llamarle firma al signo codificado previsto en la ley 25.506, hará que ese hombre común aplique erróneamente respecto de ese código toda la normativa reguladora de la firma y ello no es correcto. Las leyes deben ser claras y, en consecuencia, la 25.506 debería comenzar expresando que por este sistema legal, en algunos casos, no será menester la firma y que para vincular jurídicamente a dos partes, sólo en esos casos, bastará con signos o códigos que garanticen la autoría y procedencia.

No es una mera lucubración terminológica, la llamada equivocadamente “firma digital” se diferencia demasiado de la verdadera firma como para tolerar la sinonimia. Remarquemos algunas de las diferencias que advertimos entre la firma y el código o “password” mal llamado “firma digital”.

La firma lleva conexas las siguientes consecuencias:

1- POSIBILIDAD DE LECTURA:

Hay una vieja excepción que explica Núñez Lagos en sus “Esquemas conceptuales del Instrumento Público”: “la exceptio de shaedula non lecta” (excepción de escritura no leída). Si no se ha leído, o no se lo ha podido comprender con claridad, el contrato no vincula jurídicamente¹¹. La firma

¹¹ NUÑEZ LAGOS, Rafael; “Los Esquemas conceptuales del instrumento público”, Madrid 1953, pág. 96: “[...]no hay más consentimiento que el que cubre la lectura.”.

garantiza pues, y ese es su verdadero sentido, que se ha leído todo lo que está por encima.

Obviamente nos referimos a lectura cierta, clara y segura. ¿Cómo saber en lo que respecta a firma digital, que lo leído es lo firmado?. La ley en cuestión reconoce que no es clara cuando en el art. 21, al referirse a las obligaciones del certificador, agrega que “[...] Esa información deberá estar libremente accesible en lenguaje fácilmente comprensible [...]”.

2- CONTACTO FÍSICO DEL FIRMANTE CON EL DOCUMENTO:

El firmante está o ha estado en algún momento frente al documento que lo vincula. Ello permite o permitió efectuar una calificación de este elemento físico, el documento en lo formal. Así verá si hay espacios en blanco, si el soporte es lo suficientemente seguro para conservar el único elemento de acción o defensa que pasará a regir parte de sus derechos, según lo expresado por los arts. 1137 y 1197 del Código Civil. También permitirá apreciar alterados, interlineados; todo ello “motu proprio” sin necesidad de interposición persona especializada en cuestiones informáticas.

3- POSIBILIDAD DE DESTRUCCIÓN FÍSICA SEGURA:

La ley bajo análisis considera que todos los respaldos, “back up”, etc. serán originales, según surge del art. 11 que dice: “[...] y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación [...] serán considerados originales.

¡Qué diferencia con el art. 1013 del Código Civil, cuando establece que cada ejemplar tiene que estar firmado individualmente!. Establecer que un documento es original y que tiene el mismo valor probatorio, en la práctica es darle valor ejecutivo. Cuando el firmante de un documento quiere dejarlo sin valor, sea por que ya se cumplieron las prestaciones en él acordadas, sea por que hubo un distracto o, simplemente, no llegó a contratarse

por falta de acuerdo, basta con aditarle una nota final, cortar la firma que se había puesto al pié, o simplemente destruirlo. Eso no puede efectivizarse, por lo menos no de manera segura, en los documentos virtuales firmados también virtualmente. Puede haber quedado otra copia reproducida digitalmente a partir de originales de primera generación y ésta será también original con el mismo valor probatorio y ejecutivo.

Esto también demuestra la falta de comunicación inter disciplinas de los legisladores modernos. Pensemos ... ¿qué pueden saber los informáticos sobre valor probatorio, valor ejecutivo y todas esas cuestiones instrumentales?...

4- ADHESIÓN FÍSICA AL DOCUMENTO:

La firma pasa a formar parte físicamente del documento, de suerte que la destrucción, extravío, guarda, etc. del acto instrumental resulta siempre acompañado de la firma vinculante. En el sistema de códigos o claves digitales, en cambio, dicha vinculación surge de manera indirecta, tanto por su característica informática y virtual, como por la necesidad de intervención de un certificador, según surge del art. 13 y ss de la ley 25506.

5 – IMPOSIBILIDAD DE FALSEDAD MATERIAL IMPERCEPTIBLE:

La alteración, contrafacción y supresión¹² del documento y su firma tradicional resulta más o menos fácil de percibir, hasta por un lego. El interlineado y la enmienda aparecerán de manera ostensible en el momento de su exhibición. El recaudo del doble ejemplar previsto en el art. 1021 del Código Civil, permite una comparación del documento originalmente suscripto y el

¹² Son los típicos supuestos de falsedad material: 1) Alterar es modificar parcialmente por un procedimiento material (o en estos casos virtual) el contenido documental. 2) La contrafacción consiste en hacer un documento íntegramente nuevo, sustituyendo al verdadero. 3) Suprimir es simplemente hacer desaparecer físicamente (o virtualmente en nuestro caso) el documento.

alterado, impidiendo casi por completo que resulte imprecipable una falsedad material.

No ocurre lo mismo con la llamada “firma digital”, la alteración, contrafacción y supresión resultan sencillísimas en el soporte virtual y, de ser posible, su percepción sólo lo será por un especialista informático. Ello sumado a que no existe el doble ejemplar, según vimos al referirnos al art. 11, hace que el sistema sea de inseguridad plena.

La adopción de la llamada “criptografía asimétrica”¹³ por la ley 25.506, no elimina para nada la característica que comentamos, dado que será una tercera persona, el certificador, quien determinará la correspondencia entre la autoría, voluntad y negocio. No hay pues una verificación personal y directa, subsistiendo en consecuencia nuestra crítica.

6- EL CONOCIMIENTO DE LA CLAVE POR TERCEROS LOGRA UNA “FIRMA” INCUESTIONADA:

La firma sólo puede ser estampada por el titular, quien sólo mediante una situación de violencia compulsiva (vis relativa) podrá verse en la necesidad de estamparla involuntariamente. En cambio la digital puede llegar a conocimiento de terceros, sea por descuido (notas en agendas), sea por manejo de la misma PC. en la que se encuentra grabada la firma digital. Todo operador de esa computadora podrá acceder a la firma.

Será posible también la obtención de la firma digital mediante la violencia física o moral lográndose así una firma con todos los requisitos de autenticidad para el sistema digital.

LA VOLUNTAD NEGOCIAL

¹³ El sistema de criptografía asimétrica exige una doble clave: una pública y una privada. La privada se mantiene en secreto y es conocida sólo por e “firmante”. La pública, en cambio es de conocimiento de todos y es la que servirá al destinatario del mensaje (contrato) para establecer la autenticidad de la firma privada. Esto último merced a la tarea de un “certificador” que será el único que podrá detectar la autenticidad o falsedad del mensaje.

Pero sin dudas lo fundamental a tener en cuenta al analizar la llamada “firma digital”, amén de las características físicas apuntadas, lo será como forma de expresión de la **VOLUNTAD** de obligarse. Sabemos bien que la firma no es sólo signo típico y personal que, en principio, sólo puede estamparse con sus rasgos originales y auténticos por su autor. De la misma manera que el anillo de los reyes en las clásicas monarquías europeas, estampado a manera de sello, autorizaba a suponer la voluntad real puesto que estaba siempre en el majestuoso dedo del rey; igualmente sólo el titular de la voluntad podría estampar la firma con esas características personales, que, de ser menester, un perito podría llegar a determinar con cierta precisión.

EXCLUSIÓN DE ALGUNOS ACTOS

En el art. 4 de la ley 25.506 se excluyen de aplicación de la firma digital ciertos actos que, por su especial naturaleza, ha obligado a cierta prudencia al legislador. Pero amén de la prudencia puesta de manifiesto, que en este punto y con las salvedades del caso, es elogiable; pone de resalto que ni los propios autores del sistema, informáticos, legisladores y “snobistas” en general, se atreven a suponer la seguridad del sistema: Así, las disposiciones de la ley no se aplicarán a los testamentos, para lo cual seguirán rigiendo con exclusividad las normas de los arts. 3639, 3658 y 3666 del Código Civil; ni se aplicarán tampoco a los actos jurídicos relacionados con el derecho de familia: celebración de matrimonios, reconocimientos de hijos, impugnación de paternidad, etc. No serán aplicables igualmente, los signos digitales, a los actos relacionados con los derechos personalísimos en general: autorizaciones relacionadas con derechos intelectuales, con el nombre de las personas, etc.

LOS ACTOS NOTARIALES

En el último inciso del art. 4 de la ley 25.506 se agrega un dispositivo bastante amplio que excluye todos los actos que “[...]deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes”. En este inciso está presente la escritura pública. Todos los actos que exigen la escritura pública estarán excluidos de la aplicación de los dispositivos de la ley 25506.

a) LA ESCRITURA PÚBLICA: Los motivos de la dicha exclusión resultan obvios si recordamos las exigencias del art. 1001 y todos los recaudos formales previstos en especial en los arts. 988, 989, 1001, 1004 y 1005 del Código Civil. Pasarían a tener el directo efecto excluyente todos los artículos del Código Civil que exigen la escritura pública: a manera de ejemplo (la norma principal) el art. 1184 con sus once incisos¹⁴.

El requisito del protocolo¹⁵, típico de un sistema notarial latino, coloca otro obstáculo más a esta aparente y falsa “evolución” de la forma contractual. La exigencia de que el acto notarial deba estar en el protocolo y en la página que corresponda según su fecha (art. 998 y 1005 del C.C.), bajo pena de nulidad instrumental¹⁶.

b) LA CERTIFICACIÓN NOTARIAL DE FIRMAS: Al igual que el protocolo impedía la aplicación de la ley 25506 (art. 4, inc. d), otro tanto ocurre con la certificación de firmas, ya que las leyes orgánicas notariales exigen, en general, los mismos recaudos formales para estos actos que para las escrituras públicas¹⁷.

¹⁴ En este aspecto esta ley resulta mucho más prudente que el art. 266 y 268 inc. e) del Proyecto de Modificación global del Código Civil.

¹⁵ El protocolo, cuya expresión proviene del latín “protocollum” (primer ejemplar encolado), exige un título matriz y un original con valor ejecutivo, según expresa Vélez citando antigua legislación española (nota al art. 997 del C.C.). En ese sentido resulta también incompatible con lo surgido del art. 11 de la ley 25506.

¹⁶ Tener presente que todas las nulidades instrumentales son nulidades absolutas y, como tales, inconfirmables.

¹⁷ Así, a modo de ejemplo, el art. 13 de la ley 4183 de Orgánica del Notariado de Córdoba.

EL CERTIFICADOR – EL NOTARIO COMO CERTIFICADOR

Algunos ven en la figura del notario un posible “certificador” en los términos del art. 17 de la ley 25506. Si bien no creemos que se trate de una actividad sustancialmente incompatible con su función fedataria, todo lo contrario, resulta de lo más atinada con sus valores como tal, sin embargo, estimamos que no representa propiamente la tarea instrumental de un notario latino. Para más, en este punto, es de hacer notar que siempre la actividad notarial deja huellas en el documento al que certifica y un instrumento notarial sin firma y sello notarial (sobre todo sin firma –art. 1004 del C.C.) carece de todo valor. El certificado digital, adolecería de un requisito fundamental de validez, al menos como documento notarial.

El notario, para ejercer como certificador digital, debería despojarse así de su quehacer funcional y tomar una actividad que no exige la investidura de funcionario público, para dedicarse a una actividad privada común.

En el art. 18 de la ley 25506 se establece que las entidades que controlan la matrícula de las distintas profesiones podrán emitir certificados digitales para cada profesión. Imaginamos así, como certificadores al Colegio de Abogados, Colegio de Escribanos, de Contadores, de Ingenieros, etc. A pesar de que la ley no lo establece no dejemos de temer que alguna jurisprudencia “modernista” pretenda aplicar la doctrina y legislación de los instrumentos públicos a estos certificados (art. 979 –enumeración ejemplificativa y art. 993 y sus siguientes del Código Civil).

La influencia del sistema instrumental de EEUU hace que el legislador “argentino” desconozca el principio de autenticidad y de fe pública, confundiendo los conceptos de “valor probatorio” con “eficacia probatoria”¹⁸.

¹⁸ El valor probatorio se encuentra tabulado de manera expresa en los arts. 993 a 995, cuando se establece la diferencia entre los actos pasados por o en presencia del funcionario de los dichos de las partes. Estos dichos a su vez son diferenciados en su valor según sean dispositivas o tengan atinencia directa en lo dispositivo del acto o sean meramente circunstanciales, dando origen a las a) menciones dispositivas, enunciativas directas y enunciativas indirectas. El juez o intérprete en general no puede apartarse de las reglas de valoración establecidas en cada uno de esos dispositivos. En cambio la “eficacia probatoria” alude a la

CONCLUSIONES

1- La firma digital, hasta ahora, no nos permite un depósito de confianza suficiente como para haber sido incorporado a nuestra legislación. La ley 25506 constituye una falta de prudencia legislativa.

2- El nuevo sistema no sólo repercute en la vida de quienes decidan voluntariamente hacer uso de él. Generará también inseguridad a quienes lo rechazan.

3- No puede haber seguridad jurídica en un soporte virtual y con una firma también virtual. Más que seguridad jurídica debería hablarse de seguridad virtual o su real contrapartida: peligrosidad virtual.

4- Si bien es cierto que el derecho debe acompañar los cambios tecnológicos y sociales, ese acompañamiento debe suceder sólo cuando el cambio sea evolutivo. Ese encauzamiento oportuno de un cambio evolutivo constituye el quehacer responsable del jurista y del legislador.

5- Acompañar legislativamente una involución es legitimarla sólo para evitar un conflicto en lo positivo; pero la existencia del mandato inicuo no impedirá la injusticia del sistema.

6- La incorporación de la mal llamada "firma digital" procura una facilidad más a los capitales extranjeros, que pueden contratar sobre sus fachendas sin poner los pies en el granero.

7- La celeridad tiene un costo: la inseguridad. Por ello en la procura de celeridad debe haber prudencia y equilibrio.

8- La seguridad dinámica puesta equivocadamente por encima de su manifestación estática es nociva a toda idea de orden jurídico. Es intervertir o subvertir los valores jurídicos.

posibilidad de generar un convencimiento por parte del intérprete o juez conforme a los elementos aportados por el instrumento en el entorno probatorio general (elementos respecto de los que, por otra parte, conforme a lo dicho, el juez no puede dudar en cuanto a su veracidad pues tienen en cada caso el valor probatorio tabulado y exigido de manera compulsiva por ley).

9- No es cierto que la ley de firma digital cubra una importante “necesidad social”, como dicen algunos autores.

10- El nuevo paradigma que se ha instalado en lo social de los tiempos que corren es la necesidad del cambio constante. Vivimos en los tiempos del paradigma del cambio.

11- Las leyes van destinadas al vulgo, al hombre común, a los legos, por lo que constituye un desacierto llamarle “firma” al signo codificado previsto en la ley 25.506. El hombre común aplicará erróneamente respecto de ese código toda la normativa reguladora de la firma y ello no es correcto.

12- Hay demasiadas diferencias entre la firma y el “password” que no es firma. La firma permite la auténtica lectura del documento al que accede; permite un contacto físico con el documento; posibilita la destrucción física segura; va adherida físicamente al documento; imposibilita la falsedad material imperceptible e impide una firma falsa incuestionada.

13- La firma no es sólo signo típico y personal, es la forma de manifestar la voluntad.

14- La exclusión de algunos supuestos de aplicación de la firma digital, previstos en el art. 4, si bien es elogiada desde el punto de vista de la prudencia legislativa, denota sin embargo que el sistema no es seguro.

15- Por el art. 4 inc. d) todos los actos que exigen la escritura pública estarán excluidos de la aplicación de los dispositivos de la ley 25506.

16- También estarán excluidos todos los actos que exigen certificación notarial de firmas, ya que los libros de intervenciones o requerimientos exigen formalidades similares a los recaudos del protocolo notarial.

17- El notario, para ejercer como certificador digital, debería despojarse de su quehacer funcional y tomar una actividad que no exige la investidura de funcionario público.

18- La influencia del sistema instrumental de EEUU hace que el legislador “argentino” desconozca el principio de autenticidad y de fe pública.

Gabriel B. Ventura