

Las nuevas tecnologías en el Proyecto de Código*

Ezequiel Cabuli

Sumario: *Introducción. 1. La evolución del derecho. 2. La firma digital. Su incorporación al derecho argentino. 3. El soporte digital en el Proyecto de Código Civil. 4. El correo electrónico. Su validez como medio de prueba. 5. Actuación notarial en la era digital.*

Introducción

Un paradigma es el conjunto de realizaciones científicas reconocidas universalmente que, durante un tiempo, proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica. En el campo de las ciencias, un paradigma forma un estadio de normalidad. Ante una crisis que desestabiliza el sistema, se crea una revolución científica y se establece un nuevo paradigma, que forma una nueva ciencia formal normal. Y a empezar de nuevo, pero con un paso adelante.

Un cambio de paradigma implica, entonces, un profundo cambio de mentalidad y de los valores que forman una visión particular de la realidad de turno. En esta época de cambios, la variante es la velocidad y profundidad. Esto se va dando en todos los niveles tanto social como espiritual, conceptual, político, económico, etc.¹

Las transformaciones económicas a lo largo de la historia ocurren cuando convergen las nuevas tecnologías de la comunicación con los nuevos sistemas de energía. Estas formas de comunicación se convierten en el medio de organización y gestión que las civilizaciones más complejas han hecho posible mediante las nuevas fuentes de energía. La conjunción de la tecnología de comunicación de Internet y las energías renovables en el siglo XXI está dando lugar a la llamada tercera revolución industrial o revolución informática.²

En los años setenta, se inicia un período de innovaciones tecnológicas de gran relieve. El microprocesador, los nuevos

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, n° 34, 22/2/2013, pp. 1-3 (tomo 2013-A).

1. Ver KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962. En su influyente obra, el autor nos muestra un cambio en los supuestos básicos de la teoría dominante de la ciencia (<http://www.bibliotecapleyades.net/>).

2. La tercera revolución industrial, tercera revolución científico-técnica o revolución de la inteligencia (RCT) es un concepto y una visión esbozada por Jeremy Rifkin y avalada por el Parlamento Europeo en una declaración formal aprobada en junio de 2007 (<http://hyfleetcute.com/data/MEP%20Green%20H2%20Declaration.pdf>).

materiales y el desarrollo de las tecnologías de comunicación incrementan enormemente la capacidad de procesar y transmitir información. Esta nueva etapa continúa en el año 1985 con la aparición de la primera computadora y se consagra con el uso masivo de Internet.³ El desarrollo de la vertiginosa evolución informática ha sido trascendente en la vida cotidiana, transformando prácticamente todas las instituciones y tradiciones conocidas. Se compara al impacto cultural producido en la edad media con el invento de la imprenta y el papel. La posibilidad de almacenar y procesar en una memoria artificial una vasta información de texto o de gráficos se suma a la posibilidad de comunicarse por vía telemática con otras personas ubicadas a miles de kilómetros en cuestión de segundos y realizar intercambios de información cada día por vía electrónica, gracias a los medios informáticos.

3. EUSTAQUIO, Roberto G., "Derecho a la intimidad. El derecho de propiedad personal", en *La Ley Online*, La Ley, noviembre 2011: "Internet nació en 1969, creado por el Departamento de Defensa para facilitar las comunicaciones militares en caso de ataque nuclear. En esa época nadie pensaba que pronto se convertiría en el medio mundial más popular para la libre y veloz comunicación persona a persona con empleo del correo electrónico".

4. Estos planteamientos desarrollados los analiza en profundidad el notario mexicano Francisco X. ARREDONDO GALVÁN en "Nuevas herramientas informáticas para el notario. La firma electrónica notarial y la copia certificada electrónica notarial" (presentado en la XIV Jornada Iberoamericana de Derecho Notarial [Madrid, 2012]).

1. La evolución del derecho

El derecho no permanece ajeno a estos cambios. Como consecuencia del avance de los procesos de globalización económica y revolución tecnológica de las comunicaciones, la sociedad, en constante desarrollo, le demanda al derecho nuevas soluciones que se adapten a los cambios económicos, sociales y culturales.

Uno de los temas que ha tenido que abordar este nuevo derecho es el referido a la regulación legal de la contratación electrónica, es decir, las transacciones comerciales y financieras realizadas mediante el intercambio electrónico de datos, incluyendo texto, sonido e imagen, sin que se requiera en ello del tradicional proceso de imprimir el texto y las firmas autógrafas en un documento en soporte papel. Este concepto fue creciendo hasta alcanzar todos los ámbitos de la vida social. Esta modalidad de contratación se caracteriza por ser un acuerdo entre partes no celebrado por escrito, sino sólo en soporte electrónico y sin la presencia física simultánea de las partes que intervienen, donde éstas dan su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos.⁴

Ante este nuevo escenario, estamos en presencia de innumerables acuerdos celebrados y cumplidos alrededor del mundo con esta novedosa forma de contratación. Ahora bien, ¿cómo juega esta modalidad en los casos de sustitución de persona, fraude, incumplimiento o controversia entre las partes de

un acuerdo? Es justamente la inquietud principal de la contratación electrónica obtener la garantía de que el destinatario del mensaje de datos, es decir, el que recibe la propuesta está realmente contratando con el sujeto emisor. En este intercambio de datos electrónicos, se procura estar verdaderamente seguros de las siguientes dos cosas: a) quien firma en forma electrónica es verdaderamente quien dice ser; b) el texto del mensaje remitido no ha sido alterado por nadie en el trayecto electrónico, que dura segundos, y corresponde realmente e íntegramente a lo escrito originalmente por el emisor.⁵

Ante estos inconvenientes, surge la firma digital como sistema que garantiza, a través de una entidad certificante confiable por ambos contratantes, tanto la identidad del firmante como la inalterabilidad del trayecto electrónico del documento.

2. La firma digital. Su incorporación al derecho argentino

El artículo 1012 del Código Civil define la firma ológrafa de las partes como “condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada”. La firma autógrafa ha sido y es la forma en que habitualmente una persona consigna su identidad, expresando así su consentimiento con el documento. Indica, además, que ha sido la persona firmante y no otra quien ha suscripto el instrumento, que lo ha tenido a la vista, que lo ha controlado y, consecuentemente con esto, ha exteriorizado su voluntad.⁶

Se entiende por firma digital el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes (entidad certificante), tal que dicha verificación, simultáneamente, permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.⁷ En definitiva, firmar digitalmente implica el moderno concepto de firma autógrafa, asegurando, mediante procedimientos electrónicos de control, las garantías necesarias para asegurar su autenticidad.

En la Argentina, el 14 de noviembre de 2001, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos

5. Cfr. nota 4.

6. TAVANO, María J., “La firma electrónica en el libramiento de cheques. La reforma introducida por la Ley 24.760”, en *La Ley Gran Cuyo*, La Ley, 1998, p. 33.

7. Ley 25.506, art. 2: “Firma digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la autoridad de aplicación, en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes”.

8. Art. 7: “Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”.

9. Art. 6: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

10. Art. 3: “Del requerimiento de firma. Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

11. Art. 4: “Exclusiones. Las disposiciones de esta ley no son aplicables: a) a las disposiciones por causa de muerte; b) a los actos jurídicos del derecho de familia; c) a los actos personalísimos en general; d) a 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 Congreso, sancionaron la Ley 25.506 (*Adla*, LXII-A, 6), incorporando al derecho argentino la firma digital. Según esta legislación, si un documento firmado digitalmente es verificado correctamente, se presume, salvo prueba en contrario, que proviene del suscriptor del certificado asociado y que no fue modificado.⁸ Lo trascendental de esta ley es que incorpora la posibilidad de otorgar actos mediante documentos digitales y firmarlos digitalmente. De esta forma, equipara, por un lado, la validez del soporte electrónico a los documentos manuscritos tradicionales exigidos como forma escrita y, por el otro, la firma digital al método de suscribirlos.⁹

La ley establece en su artículo tercero que, cuando se requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.¹⁰ Es de destacar que la ley expresamente prohíbe la utilización de la firma digital para: a) las disposiciones por causa de muerte; b) los actos jurídicos del derecho de familia; c) los actos personalísimos en general; d) 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.¹¹

Si observamos la Ley de Firma Digital, la gran mayoría de sus artículos están relacionados con los extensos y rigurosos requisitos que se deben cumplir para ser entidad certificante de la firma digital. Esto responde a la necesidad de garantizar mediante severos controles la inviolabilidad del proceso, evitando ataques y fraudes. Estos requisitos apuntan a la seguridad del sistema como condición misma de su existencia. Como consecuencia de esto, constituirse en entidad certificante resulta sumamente oneroso, debido a la inversión que requiere su estricto cumplimiento. Ello explica que, transcurridos más de diez años de la ley, la utilización de firma digital fue casi inexistente, siendo necesaria la intervención de un organismo público con posibilidades económicas y tecnológicas.

En consecuencia, y mediante la Resolución 88/08 (B.O. 17/12/2008), la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros otorgó a la Administración Federal de Ingresos Públicos la licencia para operar como certificador licenciado, por haber cumplido con todos los recau-

dos exigidos por la ley. De este modo, la AFIP y la ANSeS –que también había sido designada por otra vía– se constituyeron en los dos organismos públicos facultados como entes certificantes de firma digital.

La importancia de la certificación de la firma digital por parte de estos organismos radica en que cuentan con presencia en todo el territorio nacional y son los más recurridos por la población argentina, ya que abarcan diferentes trámites vinculados con la actividad tributaria y previsional.¹²⁻¹³ Esta posibilidad que ofrece la AFIP, facilita y amplía, en forma sustantiva, la posibilidad de la utilización de la firma digital en el país.

3. El soporte digital en el Proyecto de Código Civil

Uno de los cambios fundamentales que deberá enfrentar la ciencia jurídica moderna es la naturaleza jurídica de un concepto completamente nuevo de documento, más etéreo, espiritual, mucho menos material, diferente e independiente de todo soporte físico. El soporte ha pasado a ser completamente fungible, como un fragmento delimitado de información, que puede, a su vez, volver a cambiar de soporte sin perder su esencia, autoría ni contenido.¹⁴

El Proyecto de Código Civil incorpora este precepto, adaptando su texto a los cambios que hemos señalado: el artículo 286 del texto proyectado establece que

La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Asimismo, el artículo 288, referido a la firma, establece que

La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento.

12. Ver nota extendida en p. 206.

13. Ver nota extendida en p. 206.

14. GONZÁLEZ-MENESES, Manuel, “La función notarial en el medio electrónico” (conferencia pronunciada el 27/10/2011 en la Academia Matritense del Notariado <http://www.elnotario.com/egest/e-gest/fichero/27102012-MANUELGONZALEZ-MENESES.pdf>).

Estos artículos del Proyecto de código armonizan la existente Ley de Firma Digital a la normativa de fondo. La utilización de las normativas en sintonía permitirá definitivamente la utilización del documento electrónico firmado digitalmente para contratar en forma segura, consolidando el esperado acompañamiento que debe hacer el derecho de los acontecimientos digitales de los últimos tiempos.

4. El correo electrónico. Su validez como medio de prueba

El correo electrónico, y su validez como medio de prueba, fue un tema recurrente en los fallos judiciales de los últimos años. La imposibilidad de firmar digitalmente los correos electrónicos en los términos de la Ley de Firma Digital, provocada por la inexistencia de entidades certificantes, ha impedido a los jueces tener por acreditada fehacientemente la existencia y contenido de los mismos. En virtud de tal impedimento, la jurisprudencia dominante le atribuye al correo electrónico no firmado digitalmente y bajo determinados requisitos una prueba como “instrumento particular no firmado, en los términos del artículo 1190, inciso 2, del Código Civil, o como “principio de prueba por escrito”, conforme con el artículo 1191.¹⁵

La validez de los correos electrónicos va a depender de determinadas circunstancias particulares.

- a) En autos C.Crim.yCorrec., Sala IV, 15/11/2004, “Redrue-
llo, Fabián y otro s/ estafa”, se sostuvo que

Corresponde declarar la nulidad de la introducción al proceso de impresiones de correos electrónicos [...] si no ha mediado orden judicial que autorice la adquisición de tales elementos probatorios [...] la apropiación y presentación al proceso penal del correo electrónico enviado o recibido por el imputado sin intervención del órgano jurisdiccional violenta la garantía de inviolabilidad de la correspondencia.

- b) En autos CNCom., Sala A, 29/4/2009, “Vázquez, Walter Manuel c/ Pomeranec, Diego Esteban s/ ordinario”, se resolvió que los correos electrónicos que no son propios –es decir, que no fueron enviados o recibidos por la parte que los ofrece en juicio– no pueden ser admitidos como prue-

15. CNCiv., Sala I, 11/8/2005, “Leone, Jorge N. c/ Maquieira, Jorge S.”.

ba, puesto que ello implicaría tolerar una vulneración a la intimidad y a la inviolabilidad de la correspondencia privada del emisor o receptor del mensaje. El Tribunal citó el artículo 5 de la Ley 25.520 de Inteligencia Nacional.¹⁶

- c) En autos CNCrim.yCorrec., Sala 6, 14/6/2010, “Rubiero, Rosendo y otros”,¹⁷ se resolvió que, para que resulte válido el acceso del empleador a la casilla de correo electrónico institucional del empleado, debieron haber sido notificadas previamente al empleado las condiciones de uso del servicio de correo electrónico, particularmente lo relativo a la posibilidad de inspecciones por parte de su empleador.¹⁸

5. Actuación notarial en la era digital

El notariado ha ido a lo largo de su historia evolucionando y adaptando las nuevas herramientas proporcionadas por la tecnología y el desarrollo de las comunicaciones.

Es de destacar que, el 29 de octubre de 2012, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha suscripto con la Administración Federal de Ingresos públicos un convenio mediante el cual esta última, como entidad certificante, les otorgará a los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el servicio de firma digital.¹⁹ Es, sin duda alguna, un paso trascendental para la evolución de la función notarial en sintonía con las nuevas tecnologías y los procesos de contratación electrónica. En un primer paso, se utilizará para las comunicaciones entre notarios y con la administración pública, dejando abierto al futuro un abanico de posibilidades de cara a la ya iniciada revolución digital.

El escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. Como consecuencia de ello, la actividad más importante que practica es la de suministrar lo que denominamos fe pública, es decir, dar autenticidad de lo que ante él ocurre. Es asimismo, el encargado de que las relaciones entre los particulares se realicen en un marco de legalidad (referido a la validez jurídica del contrato) y de legitimación (referido a la legitimidad de las partes para otorgar determinado acto jurídico). Esta última actividad incluye lo que denominamos fe de conocimiento, que es la individualización que debe hacer de las partes intervinientes en los contratos, tomando los recaudos

16. En *La Ley Online*, La Ley, AR/JUR/15523/2009.

17. *Lexis* 12/16674.

18. BIDE GAIN, Tomás M. y VIEL TEMPERLEY, Facundo, “El valor probatorio de los mensajes de correo electrónico”, en *La Ley*, Buenos Aires, tomo 2011-D, p. 95 (comentario al fallo CNCContAdmFed, Sala V, 10/2/2011, “C. S. D. G. c/ CPACF” [Expte. 24233/09]).

19. <http://www.lanacion.com.ar/1521822-la-afip-utilizara-la-firma-digital-en-la-ciudad-de-buenos-aires>.

que considere necesarios a los fines de identificarlos, actuando con diligencia y cautela.

Ahora bien, ¿cómo juegan estas actividades notariales con el advenimiento de la firma digital, el comercio electrónico y la informatización de los registros? La revolución tecnológica obligará a los notarios a reestructurar el desarrollo de sus actividades con el propósito de armonizarlas a la inevitable e inminente revolución digital. Tal evolución provocará una mutación de sus actividades, las que no deberán resultar un escollo al tráfico mercantil. Surge, asimismo, la idea de la aparición de lo que probablemente se denomine el protocolo digital, como medio para custodiar y conservar los actos otorgados ante escribanos en soporte electrónico.

La firma de las partes es la representación gráfica de su voluntad y la firma del notario en ejercicio de sus funciones autentica la autoría de aquéllas, con las responsabilidades que ello implica. Lo importante es que esas nuevas tecnologías informáticas no alejen al escribano de la prestación personal eficaz de su servicio y sea la función notarial una garantía para el logro de la certeza y seguridad jurídica. Tal actividad notarial, tecnología o no de por medio, es de suma importancia en los negocios jurídicos y no deberá ser alterada en su esencia, sino transformada a los fines de adecuarla a las herramientas del futuro.

En una primera etapa, los escribanos redactaban con pluma las escrituras; luego, se pasó a las ruidosas máquinas de escribir, que quedaron en el pasado con la llegada de las computadoras. La firma digital y el protocolo notarial electrónico serán los elementos de la próxima etapa y resultarán idóneos para la transformación, en beneficio de las actividades notariales.

Notas extendidas

12. FERRARO, Ricardo H., "AFIP implementó la gestión de autorizaciones electrónicas para firma digital", en *IMP*, Buenos Aires, tomo 2012-11, p. 57.

13. Marco normativo (fuente: <http://www.afip.gob.ar/firmaDigital/#caracFD>): la Ley 25.506 de Firma Digital reconoce la eficacia jurídica del documento electrónico, la firma electrónica y la firma digital, estableciendo las características de la infraestructura de firma digital de la República Argentina. El Decreto 2628/02, reglamentario de la Ley 25.506, regula el funcionamiento de los certificadores licenciados de manera de garantizar la adecuada prestación de los servicios de certificación, crear el Ente Administrador de Firma Digital, encargado de otorgar las licencias a los certificadores, supervisar su actividad y dictar las normas tendientes a asegurar el régimen de libre competencia en el mercado de los prestadores y protección de los usuarios de firma digital, y crea una comisión asesora para la infraestructura de firma digital, conformada

por un equipo multidisciplinario de especialistas en la materia, con el fin de asesorar y recomendar a la autoridad de aplicación estándares tecnológicos y otros aspectos que hacen al funcionamiento de la mencionada infraestructura, por lo cual deben establecerse las bases para su formación y adecuado funcionamiento. Por el Decreto 1028/03, se disuelve el Ente Administrador de Firma Digital, creado por el Decreto 2628 del 19 de diciembre de 2002, trasladándose el cometido de dichas funciones a la Oficina Nacional de Tecnologías de Información de la Subsecretaría de la Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Según el Decreto 409/05, la Subsecretaría de la Gestión Pública actuará como autoridad de aplicación del régimen normativo que establece la infraestructura de firma digital establecida en la Ley 25.506 y en las funciones de entidad licenciantes de certificadores, supervisando su accionar. Mediante la Resolución 88/08 se aprueba la política de certificación para la autoridad certificante de la Administración Federal de Ingresos Públicos y se otorga la licencia para operar como certificador licenciado a la AFIP. Mediante la Resolución general 2651, se establecen los procedimientos relacionados con la emisión y administración de los certificados digitales, aplicables a las relaciones entre la AFIP, los solicitantes y suscriptores de los certificados emitidos por la autoridad certificante de la Administración Federal de Ingresos Públicos y los terceros usuarios de dichos certificados.