

HACIA LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL EN EL DERECHO ARGENTINO

Por **Esc. Santiago FALBO**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La actuación notarial en el ámbito digital. 2.1. La actuación notarial en el ámbito digital y el acto notarial remoto o a distancia. 2.2. La actuación notarial en el ámbito digital y la actuación notarial en soporte digital. 2.3. La actuación notarial digital y la contratación entre ausentes. 3. Posibilidad de la implementación de la actuación notarial en el ámbito digital. 3.1. La actuación notarial en el ámbito digital y los principios notariales en juego. 3.1.1. El principio de intermediación. 3.1.2. Los aspectos y los fines de la intermediación. 3.1.3. El principio de veracidad. 3.1.4. Principio de veracidad y fe pública notarial. 3.2. La actuación notarial en el ámbito digital y el ordenamiento jurídico vigente. 4. Necesidades que plantea el ámbito digital. 4.1. La comparación de la actuación notarial en el ámbito digital, con la utilización de videoconferencias en los poderes legislativo y judicial. 5. Elementos del derecho notarial para satisfacer las necesidades propias del ámbito digital. 5.1. La vinculación física previa como operación de ejercicio para la actuación notarial en el ámbito digital. 5.2. La vinculación física previa no implica fe de conocimiento. 5.3. La vinculación física previa como diligencia tendiente a disminuir la responsabilidad notarial. 6. Presupuestos informáticos necesarios para la actuación notarial en el ámbito digital. 6.1. Plataforma segura. 6.2. La firma del acto notarial en el ámbito digital. 6.3. La escritura matriz digital. 7. Bibliografía.

ABSTRACT

I). 1. Introduction. 2. Notarial intervention in the digital field. 2.1. Notarial intervention in the digital field and remote or remote notarial act. 2.2. Notarial intervention in the digital field and notarial intervention in digital media. 2.3. Digital notarial intervention and contracting between absentees. 3. Possibility of implementing notarial intervention in the digital field. 3.1. Notarial intervention in the digital field and the notarial principles at stake. 3.1.1. The immediacy principle. 3.1.2. The aspects and ends of immediacy. 3.1.3. The truth principle. 3.1.4. Principle of veracity and notarial public faith. 3.2. Notarial intervention in the digital field and the current legal system. 4. Needs posed by the digital field. 4.1. The comparison of notarial intervention in the digital field, with the use of videoconferences in the legislative and judicial powers. 5. Elements of notarial law to meet the needs of the digital field. 5.1. The previous physical link as an exercise operation for notarial intervention in the digital field. 5.2. The previous physical connection does not imply faith of knowledge. 5.3. The previous physical link as a diligence aimed at reducing notarial responsibility. 6. Computer requirements necessary for notarial intervention in the digital field. 6.1. Secure platform. 6.2. The signing of the notarial act in the digital field. 6.3. The digital matrix writing. 7. Bibliography.

PALABRAS CLAVE: CLAVES: Actuación notarial digital. Acto notarial remoto o a distancia. Digitalización de la actuación notarial: sistemas digitales y presupuestos informáticos. Soportes digitales. Acto notarial digital y contratación entre ausentes. Ámbito notarial digital y principios notariales de: intermediación, veracidad y fe pública. Actuación notarial digital: ordenamiento jurídico vigente. Videoconferencias. Necesidades de ámbito notarial digital. Vinculación física previa. Fe de conocimiento. Responsabilidad notarial. Plataforma segura. Firma digital. Firma electrónica. Firma ológrafa digitalizada. Escritura matriz digital.

KEY WORDS: KEY WORDS: Digital notarial intervention. Remote or remote notarial act. Digitization of notarial intervention: digital systems and computer budgets. Digital supports. Digital notarial act and hiring between absentees. Digital notarial field and notarial principles of: immediacy, veracity and public faith. Digital notarial action: current legal system. Videoconferences. Digital notarial needs. Previous physical link. Knowledge faith. Notarial responsibility. Secure platform. Digital signature. Electronic signature. Digitized holographic signature. Digital matrix writing.

1. INTRODUCCIÓN

Partiendo por las circunstancias propias del contexto mundial que la humanidad atraviesa a raíz de la pandemia declarada a principios de 2020, la doctrina notarial internacional ha dedicado un valioso esfuerzo en la búsqueda por brindar soluciones a las necesidades sociales actuales.

Así, el aislamiento social y las medidas estatales dirigidas a la restricción de la circulación de las personas, generaron un fuerte impacto en nuestros modos de interacción social, todo lo cual generó la necesidad de repensar el modo en que hasta hoy se desarrolló la actuación notarial, mediante la reinterpretación del principio de intermediación, entendido este como principio basal del derecho notarial.

Es por ello que nos abocaremos en el presente estudio al análisis de la actuación notarial en el ámbito digital desde diversos enfoques.

Por un lado, atendiendo a la posibilidad de su implementación práctica dentro del derecho argentino, así como a los recaudos que, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el aspecto informático, deberán tomarse a fin de que esta implementación no desvirtúe los principios basales de la función notarial.

De esta manera, y con ese fin, el tema será abordado considerando tanto los principios notariales que se encuentran en juego, como las normas contenidas en el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, para enfocarnos luego en las necesidades propias que plantea el ámbito digital.

Por el otro, buscaremos las herramientas con las que el notariado puede contar, tanto desde el aspecto jurídico como desde el informático, que sean útiles para el logro de los fines propios de la función notarial, con especial consideración por la contribución que ellos representan para la sociedad, esto es: la seguridad jurídica preventiva, como vehículo para alcanzar la paz social.

2. LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

A continuación, nos adentraremos en el estudio del tema que ha sido denominado actuación notarial remota o a distancia, a fin de analizar la viabilidad de su implementación práctica, así como sus características propias y su impacto con relación a la vigencia de los principios notariales.

Para ello, comenzaremos por detenernos en algunas cuestiones terminológicas, que nos servirán para comprender acabadamente tanto los presupuestos necesarios como las consecuencias que esto tendrá en la actividad notarial.

Así, como primera medida, debemos precisar que estudiaremos la temática bajo la denominación de actuación notarial en el ámbito digital, pues en verdad lo que estamos analizando aquí es la posibilidad de que tanto la audiencia notarial como el otorgamiento del acto notarial se produzcan en un ámbito digital, a través de medios que cuenten con una comunicación audiovisual en tiempo real entre el requirente y el notario.

En este sentido, destaca Isidoro Antonio Calvo Vidal que *“La digitalización de la función notarial atiende propiamente a la posibilidad de que el Otorgamiento del instrumento público notarial tenga lugar a través de un procedimiento en línea, sin necesidad de la comparecencia física de las partes ante el notario”*¹.

En consecuencia, creemos que la característica esencial que define este tipo de actuación notarial está dada por el medio utilizado por el notario para captar la exteriorización de la voluntad de los requirentes.

Luego, y dado que en la práctica estos medios cuentan con sistemas digitales (que deberán ser operados desde un ordenador) en los que la comunicación de la imagen y sonido es producto de la captación y reproducción de los bits en los que son transformados por los ordenadores y transmitidos a través de internet, decimos que estas relaciones ocurren en un ámbito digital.

2.1. LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL Y EL ACTO NOTARIAL REMOTO O A DISTANCIA

Si bien es cierto que este tipo de actuación permite la distancia entre el requirente y notario, pues no existiría necesidad de una comparecencia física, y es a raíz de ello que es usual que se estudie el tema bajo el título de acto remoto o acto notarial a distancia, debemos tener en cuenta que la distancia ente el requirente y notario es una posibilidad como consecuencia de la implementación del sistema, mas no un presupuesto necesario del mismo.

Piénsese que bien podría el requirente encontrarse en la misma notaría a escasos metros del notario, aunque conectado a través de su ordenador, y otorgar válidamente un acto notarial en el ámbito digital.

Incluso podría darse el caso del otorgamiento de un acto notarial bilateral, en el que solo

¹ CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, en un brillante análisis, ha tratado el tema bajo la denominación de “digitalización de la función notarial e intervención a distancia” en: https://www.uinlearning.org/digitalrepository/pages/view.php?ref=197&search=%21last1000&order_by=relevance&offset=0&restypes=&starsearch=&archive=&per_page=48&default_sort_direction=DESC&sort=DESC&context=Root&k=&curpos=&go=previous&, en su presentación del 27 de octubre de 2021.

uno de los otorgantes se encuentre en una ubicación distante de la notaría, mientras que el otro se encuentre presencialmente ante el notario. Aun en este supuesto, para que exista unidad de acto, será necesario que ambos requirentes se comuniquen con el notario por la misma vía, esto es, la videoconferencia en tiempo real generada por la plataforma segura, independientemente del lugar en que cada uno se encuentre. Por ello decimos que la calidad de acto remoto o a distancia no es esencial para definir la cuestión que aquí nos interesa.

Dicho esto, cabe aclarar que sí se debe identificar que la idea de la actuación notarial en el ámbito digital propone la posibilidad del otorgamiento de actos notariales con distancia física entre los requirentes y el notario (aunque con unidad temporal o unidad de acto), con el requisito necesario, aunque no único, de tener acceso al medio de comunicación, en el caso algún dispositivo digital con acceso a internet.

Consecuentemente, y teniendo en cuenta que hasta la actualidad el acto notarial ha requerido siempre la comparecencia física y presencial del requirente ante el notario, como consecuencia de la aplicación del principio de inmediación (salvo algunas recientes excepciones²), debemos considerar desde aquí que la temática que abordaremos representa un cambio sustancial en la forma de desarrollar la actividad notarial.

2.2. LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL Y LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN SOPORTE DIGITAL

Por otra parte, no debemos confundir actuación notarial en el ámbito digital con actuación notarial en soporte digital, pues en esta última lo trascendente para la calificación de digital no es la actuación en sí, sino el soporte documental en el que se plasme el reflejo de aquella.

Al respecto, hemos sostenido que: *“...el aspecto digital de la actuación estará dado por el documento en el cual se plasme la actividad del notario. Tengamos en cuenta que estaremos frente a una actuación notarial digital cuando la constancia de la actuación quede plasmada en un documento digital, independientemente de los soportes de los documentos que la originen...”* de manera que *“...tanto podemos certificar en soporte digital la autenticidad de un documento digitalizado (escaneado), cuyo soporte original sea el papel, y aquí estaríamos frente a una actuación notarial en soporte digital; como certificar en el papel la autenticidad de un documento nativo digital impreso, aunque aquí no estemos frente a una actuación notarial en soporte digital”*³.

Así, estaremos ante un caso de actuación notarial en soporte digital en todos los casos previstos que contemplen la creación de documentos notariales digitales (copias o reproducciones digitales, certificación de firma digital, testimonios digitales, etc.).

2.3. LA ACTUACIÓN NOTARIAL DIGITAL Y LA CONTRATACIÓN ENTRE AUSENTES

Por su parte, debe distinguirse la actuación notarial en ámbito digital de la contratación entre ausentes. Como ya lo sostiene asentada doctrina⁴, la actuación entre ausentes im-

2 Podemos mencionar como ejemplo el reciente caso, motivado por la pandemia, del Decreto N° 2020-395 de la República Francesa, del 3 de abril de 2020, por el que se autoriza el otorgamiento de escrituras notariales a distancia durante el período de emergencia sanitaria. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041781728&categorieLien=id>.

3 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago: “Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial. Actuaciones notariales en soporte digital. Firma digital.” Editorial Di Llalla Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019. P. 87.

4 Ver en OTERO, Esteban Daniel. (2020). La contratación entre ausentes. En ARMELLA, Cristina Noemí y Ot. “Emergencia, pandemia, tecnología y

plica la falta de la posibilidad del diálogo inmediato entre los intervinientes. Es decir, lo relevante no es la separación física, sino el factor temporal. La brecha entre oferta y aceptación.

Sin embargo, la clásica fusión de la ausencia con la distancia hace tiempo que se desdibuja, puesto que, con el actual estado de avance de la tecnología de telecomunicaciones, la distancia ya no implica necesariamente la ausencia. En este sentido, hoy en día puede haber distancia y presencia al mismo tiempo.

La regulación de la contratación entre ausentes tiene la finalidad de resolver dos grandes inconvenientes que la ausencia genera. Por un lado, la mencionada brecha temporal amerita precisiones en cuanto a la formación del consentimiento, la posibilidad de revocación y el engendramiento mismo del acto jurídico. Resulta necesario determinar la entidad de la oferta, de la contraoferta y de la aceptación. Pero ante la posibilidad de interacción bilateral y espontánea propia de la actuación entre presentes, se borra no solo el lapso entre oferta y aceptación, sino que en la mayoría de los casos también erosiona la posibilidad de determinar quién es el oferente y quién el aceptante.

Esta asimilación de la interacción en tiempo real con la contratación entre presentes parece haber sido receptada por el legislador argentino en el CCyC⁵, cuando en su artículo 974 dispone “... *La oferta hecha a una persona presente o la formulada por un medio de comunicación instantáneo, sin fijación de plazo, sólo puede ser aceptada inmediatamente. ...*”

Por otro lado, nuestros derechos poseen reglas de derecho internacional privado que vienen a solucionar otro inconveniente de la contratación entre ausentes, esto es la determinación de la ley aplicable a la formación del consentimiento. Esta cuestión resulta fundamental a la hora de asegurar la existencia y validez formal de los negocios jurídicos instrumentados con la actuación notarial en ámbito digital.

3. POSIBILIDAD DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

Al analizar la posibilidad de la implementación práctica de un sistema de actuación notarial en el ámbito digital, debemos tener en cuenta dos cuestiones: por un lado, si es posible admitir la actuación notarial en el ámbito digital de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico vigente, y por el otro si es posible la admisión de esta modalidad de actuación sin vulnerar los principios del notariado latino.

Comenzaremos a continuación con el análisis de los principios notariales en juego, para luego detenernos en el aspecto normativo.

3.1. LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL Y LOS PRINCIPIOS NOTARIALES EN JUEGO

El primer punto que debemos destacar desde aquí es que esta posibilidad de admitir una actuación notarial en el ámbito digital que permita la distancia entre los requirentes y el notario implica una resignificación del principio de intermediación. Pues, aunque exista una intermediación temporal respecto del acto, se rompe con el requisito de la intermediación física del notario con los comparecientes.

notariado”. (pp. 24-29) Rubinzal Culzoni Editores. Cita: RC.D 2091/2020.

5 Ver LORENZETTI, Ricardo Luis, “Tratado de los Contratos”, Parte General, Editorial Rubinzal Culzoni, 1ª Edición, Santa Fe, 2004, p. 275-276.

Por ello debemos detenernos a continuación en el análisis del principio de intermediación, considerando especialmente los fines por él perseguidos.

3.1.1. EL PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

Partiendo por la doctrina clásica, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS se ha referido al principio de intermediación como el principio *"...por el que las personas que en cualquier concepto participan en el otorgamiento de una escritura pública tienen que estar en presencia del notario que la autoriza, y llevar a cabo en esa presencia notarial sus respectivas actuaciones en ella, en especial las declaraciones de voluntad que dan vida a los actos... Es igualmente preciso que estén en presencia del notario las personas, sus hechos o las cosas que son objeto de algunas actas notariales"*⁶.

En consecuencia, podemos definir al principio de intermediación como el principio por el cual se exige la presencia, tanto física como temporal (relativa al tiempo presente), del notario con los hechos, las personas y las cosas (de corresponder) objeto de su actuación.

Como se observa, y conforme hemos expuesto en oportunidad de tratar el tema que aquí nos ocupa, el principio de intermediación ha sido impuesto como un pilar esencial en la función notarial, pues *"...la presencia y asistencia personal entre las personas y ante los actos y las cosas es el medio que mejor posibilita 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"*⁷.

Se destaca además un aspecto importante de la intermediación, relativo al tiempo, puesto que la percepción por parte del notario de los hechos, las personas y las cosas debe darse en tiempo presente.

Así, hemos sostenido que *"...La trascendencia de la intermediación queda aún más 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, 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"*⁸.

Por su parte, el propio Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS ha dicho que *"La intermediación del Derecho Notarial no tiene nada que ver, por tanto, con el principio de intermediación de los procesalistas... En materia de hechos, el núcleo de la función notarial contempla hechos presentes, mientras que la prueba judicial se refiere a hechos pasados"*⁹.

Luego, y siguiendo una vez más al ilustre notarialista español, la intermediación también implica una actuación personal del notario, pues, *"No puede admitirse la categoría de la 'presencia directa y mediata', a través de empleados, apoderados o habilitados..."*¹⁰. En consecuencia, la

6 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Principios Notariales", en el Notario del Siglo XXI; Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013, p. 33.

7 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en "El acto jurídico en el ámbito digital. Intervención notarial, principio de intermediación y protocolo digital"; en Derecho y Tecnología. Aplicaciones notariales. Cristina N. Armella (Dir.); Karina V. Salierno (coord.); Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 62.

8 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en "El acto jurídico en el ámbito digital. Op. Cit. P. 62.

9 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Principios Notariales", en el Notario del Siglo XXI; Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013, p. 35 y 36.

10 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Principios Notariales", en el Notario del Siglo XXI; Ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2013, p. 36.

inmediación también implica una actuación directa y personal por parte del notario.

Finalmente debemos tener en cuenta que el principio de intermediación no solo es el que permite entrevistar amplia y detalladamente al requirente, sino que, además, y fundamentalmente, le permite al requirente entrevistar amplia y detalladamente al notario. Es decir, la intermediación es bilateral, no se instaura sólo en interés de la clara percepción notarial, sino que también funciona en interés del requirente, garantizando el pleno, directo y confidencial acceso al asesoramiento notarial. Le permite al requirente expresarse e indagar libremente sobre los alcances del potencial o actual acto jurídico a otorgar. En definitiva, garantiza los derechos humanos fundamentales del requirente.

3.1.2. LOS ASPECTOS Y LOS FINES DE LA INMEDIACIÓN

De todo lo dicho hasta aquí se observa que de este principio se desprenden tres aspectos claramente diferenciables: 1) Intermediación personal: Desde un primer aspecto, el principio de intermediación implica una actuación personal del notario, al imponerse la tarea de recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes de manera directa, sin intermediarios, vedando así la posibilidad de delegar esta función en otras personas; 2) Intermediación temporal: Desde un segundo aspecto, la intermediación implica que la percepción se produzca en tiempo presente, o intermediación temporal, al momento mismo de la exteriorización de la voluntad, de la producción de los hechos o de la presencia de las cosas; y 3) Intermediación física: Desde un tercer aspecto, la intermediación exige la presencia física del notario con los hechos, las personas o las cosas (de corresponder), como una forma de tomar contacto directo con ellas, entendido como el medio más adecuado para acceder al conocimiento de la realidad.

Por su parte, y con respecto a la finalidad perseguida por este principio, podemos decir que la intermediación no persigue un fin en sí mismo, sino que es el medio para lograr el conocimiento de la realidad, lo que posibilita la adecuación del instrumento público a la verdad, fin último del principio de veracidad. Por ello decimos que el principio de intermediación es instrumental, y se encuentra al servicio de otros valores jurídicos tales como la veracidad y la seguridad jurídica.

En este sentido se ha destacado que *“La doctrina suele atribuir a la intermediación un papel instrumental respecto del principio de veracidad; y ciertamente la seguridad más completa de la verdad del documento está en la presencia del notario autorizante entre las personas, y ante los actos o las cosas que el documento narra...”*¹¹.

Por ello nos detendremos a continuación en la conceptualización del principio de veracidad en el derecho notarial.

3.1.3. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD

Podemos definir al principio de veracidad como el principio por el cual se exige que el instrumento público se adecúe a la verdad de los hechos y las cosas que son su objeto. Así, se ha dicho que *“La verdad del instrumento público consiste en la adecuación del escrito a la cosa o asunto -adequatio scriptum cum re-”*¹².

Y para ello será indispensable que el notario *“conozca por sí esos hechos y asuntos (cognitio*

¹¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Principios Notariales”; Op. Cit. P. 34.

¹² RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “Principios Notariales”; Op. Cit. P. 28.

rei) y no será suficiente que ‘el documento narre de ‘verdad’ lo que los otorgantes han expresado, sino que pretende que esas manifestaciones sean a su vez ‘verdaderas’, pues sin ello la verdad documental sería una verdad meramente formal (RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Principios notariales”, Op. Clt. P. 29).

Por el contrario, la verdad documental exige la conquista de una autenticidad de fondo; exigencia que queda expuesta al observar que la ‘historia del documento notarial es la historia de su progreso en cuanto a su contenido’, el que deberá recoger la realidad material y la realidad jurídica en forma veraz e íntegra’¹³.

Por su parte, y “en virtud de que la constatación notarial y la determinación notarial del derecho se realiza en forma concomitante al acaecimiento de los hechos y la celebración del acto jurídico, el notario únicamente puede dar fe de los hechos que suceden en su presencia, pero solo luego de haber examinado, comprobado y verificado su verdad”¹⁴.

Pues, dado que “la realidad no es solo material sino también espiritual, el notario deberá esforzarse por conocer y alumbrar la voluntad de los requirentes, procurando librarla de los defectos que pudiera opacarla con el fin de alcanzar una verdadera voluntad común; de otro modo, ‘la voluntad no informada sería tratada en contra de su naturaleza, como realidad física, y el instrumento público, mera acta de referencia, carecería de autenticidad de fondo’ (RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: “Principios notariales”, El Notario del Siglo XXI, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, España, 2013, p. 31).

Es entonces la verdad el cimiento sobre el que debe erigirse el opus de la función notarial, es decir la escritura pública, en tanto documento notarial originario, y los demás documentos notariales que de ella se han desgajado”¹⁵.

3.1.4. PRINCIPIO DE VERACIDAD Y FE PÚBLICA NOTARIAL

La fe pública, como atributo del documento notarial, y consecuencia directa del ejercicio de la potestad fedante como delegación del poder estatal en cabeza del notario, es consecuencia del cumplimiento de una serie de requisitos y deberes, conocidas como operaciones de ejercicio propias de la función notarial, las que, sumadas a la intervención misma del notario en su calidad de profesional del derecho con distinguidas condiciones éticas propias de la deontología notarial, brindan seguridad y previsibilidad al método seguido por el notario para acceder al conocimiento y calificación de la realidad, posibilitando así la adecuación del instrumento público a la verdad, todo lo que, en conjunto, brinda seguridad jurídica a la sociedad.

Así, históricamente, la intermediación física (necesidad de la presencia física de los requirentes ante el notario) ha sido impuesta como una operación de ejercicio propia de la función notarial, entendida como el método más apto para lograr la percepción de los hechos, y de esta manera el conocimiento de la realidad (veracidad) que permita llegar a

13 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en “El acto jurídico en el ámbito digital...”. Op. Cit. P. 57. Con citas a NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Documento público y autenticidad de fondo”, Revista del Notariado, mayo de 1947, y “Estudios de Derecho Notarial”, II, p. 183-207.; y NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Hechos y derechos en el documento público”, Madrid, España, 1950, p. 63.

14 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en “El acto jurídico en el ámbito digital...”. Op. Cit. P. 57. Con citas a NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Documento público y autenticidad de fondo”, Revista del Notariado, mayo de 1947, y “Estudios de Derecho Notarial”, II, p. 183-207.; y NÚÑEZ LAGOS, Rafael: “Hechos y derechos en el documento público”, Madrid, España, 1950, p. 63.

15 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en “El acto jurídico en el ámbito digital...”. Op. Cit. P. 57.

la convicción notarial suficiente que amerite dotar al acto documentado de fe pública¹⁶.

Por todo esto, decimos que el apartamiento del principio de inmediación, con su consecuente impacto sobre el principio de veracidad, podría generar un grave daño a la función notarial, y especialmente a la fe pública notarial, si no se toman los recaudos necesarios a fin de equiparar la situación, y brindar de esta manera confiabilidad al método seguido por el notario para el conocimiento de la realidad¹⁷, aun en el ámbito digital.

3.2. La ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

Desde el aspecto legislativo, tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación, como en las leyes locales que regulan el ejercicio de la función notarial, encontramos algunas normas que han venido a receptor el principio de intermediación, en sus tres aspectos.

Así, el artículo 296 del CCCN, al regular la eficacia probatoria del instrumento público, establece que *"El instrumento público hace plena fe: a. en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal..."*.

Luego el artículo 301 del CCCN, ya dentro de los requisitos de las escrituras, establece en su primera parte que: *"El escribano debe **recibir por sí mismo** las declaraciones de los comparecientes..."*.

Por su parte, las legislaciones locales que reglamentan el ejercicio de la función notarial también receptan el principio de intermediación. A modo de ejemplo podemos mencionar al artículo 136 del decreto ley 9020/78, de la Provincia de Buenos Aires, el cual dispone que: *"La formación del documento a los fines y con el alcance que la ley atribuye a la competencia notarial es función privativa del autorizante, quien deberá: 1. **Recibir por sí mismo** las declaraciones y tener contacto directo con las personas, con los hechos y cosas objeto de autenticación..."*. Asimismo, y con relación a las certificaciones, el artículo 171 del mismo cuerpo legal establece que: *"Podrán ser objeto de certificación: ... 4. La autenticidad de firmas e impresiones digitales puestas **en presenciadel notario** por persona de su conocimiento"*¹⁸.

Al respecto se observa que tanto en el artículo 301 del CCCN y como en el artículo 136 del decreto ley 9020/78, el aspecto que se encuentra en juego pareciera ser el de la intermediación personal, referido a la imposibilidad de delegación de sus tareas esenciales. Aspecto éste que no se vería afectado por la implementación de la actuación notarial en el ámbito digital.

Por su parte, es cierto que el art 296 del CCCN exige la presencia del notario ante las personas, los hechos y las cosas objeto de su actuación, al limitar los efectos de la plena fe a los hechos que el oficial público *enuncia como cumplidos por él o ante él*.

¹⁶ Por ello se ha dicho que "la fe pública no podría subsistir sin la veracidad de los documentos"; RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Principios Notariales"; Op. Cit. P. 30.

¹⁷ El tema también ha sido desarrollado en DI CASTELNUOVO, Franco – FALBO, Santiago: "El acto jurídico en el ámbito digital. Intervención notarial, principio de intermediación y protocolo digital", en Derecho y Tecnología. Aplicaciones notariales. Cristina N. Armella (Dir.); Karina V. Salierno (coord.); Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 41 y ss.

¹⁸ Asimismo, este principio es receptado en un sentido similar por la ley orgánica notarial 404 de la Ciudad autónoma de Buenos Aires en sus artículos 60 y 98, respectivamente.

Sin embargo, tal como surge del Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia de la Unión Internacional del Notariado (UINL)¹⁹, las circunstancias dadas por el contexto actual han impuesto la necesidad de reinterpretar el principio de inmediación. Así, destacamos de sus conclusiones que *“La escritura notarial a distancia lleva a reinterpretar el principio de inmediación en la comparecencia y a cambiar las formas de contacto de las partes con el notario interviniente. Lo importante no es la presencia física ante el notario, sino la comparecencia directa con el notario que es responsable de la autenticación, aunque sea a través de una plataforma tecnológica”*.

Por ello, y atendiendo a los principios notariales en juego, considerando especialmente al principio de veracidad como fin último de la inmediación, podemos concluir que, en determinadas circunstancias, los hechos²⁰ ocurridos del otro lado del ordenador suceden ante el notario, en una inmediación digital, de conformidad con el artículo 296 del CCCN. Tales circunstancias se verificarán en la medida en que se brinden las herramientas necesarias desde el derecho notarial que tiendan a la optimización de la percepción de la realidad por parte del notario, así como desde el aspecto técnico e informático, que tiendan a la seguridad de los medios empleados para la comunicación e intervención notarial.

4. NECESIDADES QUE PLANTEA EL ÁMBITO DIGITAL

De todo lo dicho hasta aquí podemos extraer que en la actuación notarial en el ámbito digital la relación entre el notario y requirente se producirá en el plano digital, mediante la interacción de usuarios digitales. De esta manera, el problema principal en este ámbito, como consecuencia de la resignificación de uno de los aspectos del principio de inmediación, radica en posibilitar la imputación de la conducta del usuario digital a una persona humana específica, con la consecuente atribución de las consecuencias jurídicas del acto.

Y para resolver este aspecto, no debe perderse de vista que el ámbito digital presenta sus riesgos propios²¹, pues la ausencia de presencialidad facilita en gran medida la producción de estafas mediante maniobras fraudulentas²² tendientes a la captación de información privada y confidencial, con el fin de suplantar la identidad del usuario digital, víctima del engaño²³.

19 Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia aprobado por la Unión Internacional del Notariado (UINL) el 26 de febrero de 2021, y elaborado por el grupo de trabajo de Nuevas tecnologías.

20 Lo que posibilita que los actos jurídicos otorgados de esta manera ante el notario o notaria se entiendan celebrados en el lugar de autorización notarial del acto, como se amplía en el apartado 7 de este trabajo.

21 En efecto, nuestra jurisprudencia ha sostenido que: “Si bien comparto con la doctrina mayoritaria que la calidad de cosa riesgosa debe ser analizada en cada caso... (es distinto un automóvil estacionado que otro lanzado a alta velocidad), podría sostenerse que un sistema informático en actividad que permite realizar pagos y extracciones de fondos de una cuenta bancaria y que opera de forma remota es naturalmente una cosa riesgosa”. Del fallo “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, 15 de mayo de 2008, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

22 Al respecto, destacamos un extracto del voto del Sr. Juez Gerardo G. Vassallo del fallo: “Bieniauskas, Carlos c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires”, citado, con relación a las estafas on line: “Como ejemplo de las más novedosas se encuentra el “phishing” y el “pharming”. En el primer caso, los “phishers”, así son denominados estos estafadores, simulan pertenecer a entidades bancarias y solicitan a los cibernavegantes los datos de tarjetas de crédito o las claves bancarias a través de un formulario o un correo electrónico con un enlace que conduzca a una falsa página web con una apariencia similar a la original. En cambio el pharming es una maniobra más sofisticada y peligrosa que se encauza mediante la manipulación de las direcciones DNS. En este caso mediante un correo vacío sobre el que se “clickea” se instala un programa que engaña al navegador del usuario y lo deriva a direcciones falsas. Al ser engañado, el usuario ingresará sus datos confidenciales sin tener, en tanto desconoce que los está enviando a un delincuente (Monastersky Daniel y Costamagna Clara, “Phishing - Pharming: nuevas modalidades de estafas on line”; publicado en El Dial.com doctrina”).

23 A modo de ejemplo puede verse: <https://www.notariado.org/portal/-/-desde-que-se-inici%C3%B3-la-crisis-ha-aumentado-el-n%C3%BAmero-de-fraudes-online-basados-en-las-cuentas-mula-?redirect=%2Fportal%2F>; <https://www.telam.com.ar/notas/202104/551144-estafas-internet-seguridad-informatica.html>; <https://elpais.com/espana/galicia/2021-01-29/la-pandemia-dispara-las-estafas-online-y-de-tarjetas-bancarias-en-la-provincia-de-pontevedra.html>; <https://www.lanacion.com.ar/seguridad/ciberdelito-nid2593717/>.

Al respecto, destaca Isidoro Antonio CALVO VIDAL cifras publicadas por *“el departamento de justicia de estados unidos, que estima que, en 2016, alrededor de 26.000.000 de personas, esto es cerca del diez por ciento de los residentes en aquel país de dieciséis o más años, informaron haber sido víctimas de un robo de identidad digital en los últimos doce meses”*²⁴.

Y tengamos en cuenta aquí que este riesgo dado por la posibilidad de que se produzcan maniobras fraudulentas que tiendan al engaño del usuario de un sistema digital, funciona en ambas direcciones, esto es, tanto para el notario en su relación con el requirente como usuario digital, como para el requirente en su relación con el notario.

De esta manera, el riesgo propio del ámbito digital también puede proyectarse al supuesto del notario falso, defraudando así a los requirentes, quienes pueden ser engañados bajo la creencia de estar en contacto con un notario en ejercicio de sus funciones, cuando en verdad no lo estén.

Asimismo, estos riesgos se potencian por la existencia de tecnologías como *Deepfake*, pues en verdad, se trata de una técnica de edición y montaje de videos, que permite la recreación falsa de personas, mediante la modificación de rostros, apariencia y voces, con un resultado final extremadamente realista²⁵. Incluso un reciente estudio ha planteado que los rostros creados por esta tecnología han llegado a ser consideradas más realistas para las personas que la realidad misma²⁶.

Por ello decimos que, si se quiere analizar la posibilidad de admitir una actuación notarial en el ámbito digital que implique la eliminación de la necesidad de la presencia física del notario ante las personas y las cosas, sin que esto presuponga un riesgo para el logro de los fines que la función notarial debe perseguir, sin dudas algo ha de agregarse a la intermediación digital para fortalecer aquella percepción por parte del notario a fin de equiparar las condiciones de seguridad del método por él utilizado para acceder al conocimiento de la realidad.

Y dado que estamos hablando de un ámbito diferente, que implica un modo distinto de percepción de la realidad por parte del notario, esta posibilidad requiere recaudos y operaciones de ejercicio también diferentes.

4.1. LA COMPARACIÓN DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL, CON LA UTILIZACIÓN DE VIDEOCONFERENCIAS EN LOS PODERES LEGISLATIVO Y JUDICIAL

Uno de los argumentos por los que se propone la utilización de medios digitales para la comunicación entre el notario y requirente sin tomar mayores recaudos, se basa en la premisa de que estos sistemas también se han implementado tanto en el poder legislativo como en el poder judicial, sin que esto genere inconvenientes en su normal funcionamiento.

24 CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, extracto de su presentación del 27 de octubre de 2021; en: https://www.uinlearning.org/digitalrepository/pages/view.php?ref=197&search=%21last1000&order_by=relevance&offset=0&restypes=&starsearch=&archive=&per_page=48&default_sort_direction=DESC&sort=DESC&context=Root&k=&curpos=&go=previous&. La transcripción es nuestra.

25 Ver el término Deepfake o ultrafalso en Wikipedia: “es un acrónimo del inglés formado por las palabras fake, falsificación, y deep learning, aprendizaje profundo. Es una técnica de inteligencia artificial que permite editar videos falsos de personas que aparentemente son reales, utilizando para ello algoritmos de aprendizaje no supervisados, conocidos en español como RGAs (Red generativa antagónica), y videos o imágenes ya existentes. El resultado final de dicha técnica es un video muy realista, aunque ficticio”. Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/Deepfake#cite_note-1.

26 <https://hipertextual.com/2022/02/las-caras-generadas-por-una-ia-transmiten-mas-confianza-que-una-real>.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que existe una diferencia fundamental entre estos ámbitos y el ámbito propio de la función notarial, y es que, de producirse una sustitución de personas en un juicio contradictorio, así como en una sesión del poder legislativo, su nulidad sería ostensible de una manera prácticamente inmediata.

Así, y a modo de ejemplo, un senador que se encuentre en su casa y advierta que se lo tiene por presente en una sesión del congreso sin que lo esté, fácilmente podría advertirlo (tanto él como sus colaboradores y dependientes), y denunciarlo de manera prácticamente inmediata, lo que será rápidamente verificable, con la consecuente declaración de la nulidad de la sesión y la pronta limitación de los daños causados

Lo mismo podría decirse del ámbito judicial, pues, existiendo intereses contrapuestos que confluyen en un proceso determinado, también se podrá advertir la existencia del fraude con relativa celeridad, con la consecuente declaración de nulidad de lo actuado. En el ámbito notarial, en cambio, lo mismo que en el ámbito tributario, pueden pasar años sin que la persona note que su identidad fue sustituida, lo que le impide la posibilidad de impugnar, y en ese tiempo se pudo haber extendido el daño, consolidándose situaciones jurídicas y derechos, que se encuentren incluso amparados por la buena fe de terceros.

Por ello debemos advertir que todo esto hace que el daño potencial en sede notarial sea mayor al que el que pueda darse en los poderes legislativo y judicial, pues, si bien las potestades propias de estos poderes son más amplias, el daño que allí se genere no puede correr mucho más allá de instantes del hecho del fraude. Mientras que, en el ámbito notarial, y si bien en principio es menos relevante para la sociedad la determinación del derecho del particular en el caso concreto, la sustitución de personas puede generar mucho más daño si lograra impactar, por ejemplo, en el ámbito de los derechos reales sobre inmuebles.

Y adviértase además que no es sólo la actuación notarial ante la situación jurídica concreta de las personas con las cosas (especialmente los inmuebles) las que brindan seguridad jurídica en la sociedad, sino que esta seguridad está dada por el conocimiento de que todo el ámbito de la contratación inmobiliaria se encuentra protegida y amparada por el desarrollo de la función notarial, asentando así la titularidad de los inmuebles sobre bases sólidas e incontrovertibles que, a futuro, brindarían la seguridad necesaria en la sociedad para que ésta pueda alcanzar la paz social.

Por eso, yendo a la cuestión práctica y analizando el daño que la sustitución de personas puede generar en los diferentes ámbitos (judicial, legislativo y notarial), advertimos que es muy diferente el impacto negativo que esto puede generar desde el ámbito notarial, y por ello debemos desde aquí proponer e implementar mayores recaudos para que se admita una actuación notarial en el ámbito digital.

En consecuencia, consideraremos a continuación la existencia de elementos que, desde el derecho notarial, tiendan a satisfacer las necesidades propias del ámbito digital, para detenernos luego en los elementos propios del ámbito informático, considerando tanto el medio digital empleado para la comunicación y sus características (plataforma segura), como los elementos informáticos involucrados en el proceso (firma) y las consecuencias mismas de aquel procedimiento informático (matriz digital).

5. ELEMENTOS DEL DERECHO NOTARIAL PARA SATISFACER LAS NECESIDADES PROPIAS DEL ÁMBITO DIGITAL.

Adentrándonos en la búsqueda de las herramientas jurídicas que nos sean de utilidad para satisfacer las necesidades del ámbito digital, debemos tener en cuenta que han sido estas mismas preocupaciones, relativas a la inseguridad propia de los medios digitales en general, las que han inspirado el dictado de ciertas directrices y recomendaciones que, tanto a nivel nacional como internacional, han planteado la necesidad de satisfacer aquella debilidad mediante la labor notarial.

Así, el *Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia* de la Unión Internacional del Notariado (UINL)²⁷, propone en su punto 1) que: “Cualquier sistema de identificación digital que se utilice, debe coexistir con el juicio directo y personal por parte del notario de la identidad o identificación del compareciente/ requirente conforme su legislación de fondo. La ejecución a distancia también debe permitir que el notario efectúe, con los medios adecuados, la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional. La constante evolución de la tecnología debe apoyar al notario en su proceso cognitivo de identificación de los comparecientes, con una función complementaria: se puede pensar en el uso de documentos de identidad electrónicos o en el acceso a una base de datos oficial. En la apreciación de sus datos personales digitalizados o digitales para identificar a su titular, el notario puede recurrir a ellos como un elemento más para formar convicción, pero nunca el único”.

De esta manera el decálogo destaca la trascendencia del juicio directo y personal por parte del notario para la identificación del requirente, así como para la comprobación de la capacidad y otros controles requeridos por su legislación nacional. Pero más importante aún, la directriz veda, en su parte final, la posibilidad del notario de basarse exclusivamente en datos digitales para identificar al requirente.

Al respecto, destaca Néstor D. Lamber que: “*En las propuestas del notariado internacional prevalece la posibilidad de certificaciones o requerimientos notariales remotos cuando al notario hace este juicio de valor de la identidad de las personas, basado en el previo conocimiento y no solo en base a datos digitalizados, se trata de una resolución del notario que al tratarse de la identidad de la persona, por analogía al art. 20 inc. 1, LPDP (ley 25.326), no puede basarse solo en datos personales digitalizados*”²⁸.

Teniendo en cuenta que, en la actuación notarial en el ámbito digital, la comparecencia misma es un dato digital en sí, este recaudo solo puede ser satisfecho en la medida en que haya existido un contacto previo entre el notario y requirente en el mundo físico, pues de otra forma (esto es, si al notario no le consta la existencia de la persona física detrás del usuario digital) se estará basando exclusivamente en datos digitales para su identificación. Por su parte, debemos también tener en cuenta que, de los tres aspectos de la intermediación (intermediación personal, intermediación temporal e intermediación física), solo el último de ellos se encontraría afectado ante la implementación de una actuación notarial en soporte digital.

27 Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia aprobado por la Unión Internacional del Notariado (UINL) el 26 de febrero de 2021, y elaborado por el grupo de trabajo de Nuevas tecnologías.

28 LAMBER, Néstor Daniel. (2020). “Protección de los datos personales en la actuación notarial remota”. En ARMELLA, Cristina Noemí y Ot. “Emergencia, pandemia, tecnología y notariado”. (pp. 43-49) Rubinzal Culzoni Editores. Cita: RC D 2091/2020. Por su parte mencionamos que el mentado artículo establece que “Las decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado”.

Por ello, la respuesta a esta necesidad de vinculación entre el usuario digital y la persona humana en el ámbito digital debe requerir necesariamente algún elemento de presencialidad en el mundo físico, por fuera de los canales informáticos, que le permita al notario tener un contacto presencial y directo con los requirentes con los que a futuro se comunicará en el ámbito digital.

5.1. LA VINCULACIÓN FÍSICA PREVIA COMO OPERACIÓN DE EJERCICIO PARA LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

De esta manera, por todo lo dicho en el punto anterior, sostenemos que en la actuación notarial en el ámbito digital se debe requerir de una vinculación física previa entre el notario y el requirente, como una operación de ejercicio propia de esta modalidad de actuación.

Para ello debemos considerar aquí que la comunicación por videoconferencia, por sí sola, no presenta la misma solidez e inalterabilidad que brinda la entrevista presencial. Pero también debemos considerar que incluso en la intermediación física, la entrevista por sí sola tampoco es suficiente, sino que se requieren múltiples recaudos y operaciones de ejercicio que resultan necesarios para lograr un acto válido, seguro, ostensible y respetuoso de los derechos humanos de los otorgantes y de terceros²⁹.

Así, esta vinculación física previa implicará la necesidad de que se produzca un contacto físico mediante el cual el notario constata la existencia de una persona humana detrás del usuario digital, y su relación con él.

Incluso podría formalizarse como escritura de vinculación física previa, la cual, además de documentar la vinculación misma, podrá contener el acuerdo con la utilización del sistema digital del que se trate (plataforma segura) por parte del requirente para las futuras comunicaciones por vía digital, especialmente, para otorgar actos notariales en el ámbito digital.

Asimismo, y con relación a las operaciones de ejercicio en el ámbito notarial, surge del punto sexto *Decálogo para las Escrituras Notariales a Distancia de la Unión Internacional del Notariado (UINL)* que *“Debe otorgarse al notario la facultad de decidir si rechaza la redacción a distancia de la escritura en todo caso de duda. Es fundamental subrayar la importancia de celebrar consultas preliminares y audiencias preliminares virtuales, como así también de analizar los documentos originales virtuales recibidos para la preparación de la escritura y de todos los elementos a disposición del notario”*. Destacando así la importancia en la realización de tareas previas, dirigidas a la consulta y el análisis de los elementos a disposición del notario.

Luego, desde el plano de la calidad del dato digital, y para la vinculación del usuario digital con la persona del requirente, el hecho de que haya existido una vinculación física previa le brindará al notario mayor información, en cuanto a que contará con patrones de comparación previos por tratos anteriores con el compareciente, que coadyuvará al logro de un convencimiento suficiente de la realidad de lo sucedido del otro lado del

29 Muchos de ellos resultan tan familiares y necesarios que solemos fusionarlos y confundirlos con el acto jurídico en sí. Entre ellos encontramos la firma, la grafía, la exhibición de documento de identidad y de documentación complementaria, el resguardo de copias de dicha documentación, la consulta a otros registros (Renaper, CUIT, etc.). Y, de hecho, la misma presencialidad es un recaudo más actualmente requerido para la solidez del acto notarial. Pero no debemos confundir a ninguno de estos recaudos con el acto jurídico notarial.

ordenador. Y es justamente de este aspecto que se desprende que la vinculación física previa debe, necesariamente, realizarse ante el notario con el que a futuro se pretenda realizar una actuación en el ámbito digital.

Por todo ello, decimos que sin dudas se puede plantear una actuación notarial en el ámbito digital que brinde un método seguro para el conocimiento de la realidad, que respete los principios del notariado latino; pero esto requerirá de un conjunto de herramientas que tiendan a satisfacer las necesidades propias del ámbito digital, que deberán contemplar tanto el aspecto propio de la seguridad jurídica, como el aspecto informático, referido al medio digital empleado para la comunicación.

Pero debemos tener en cuenta aquí que esto no puede suceder siendo el notario un mero espectador de los hechos, y un mero operador del sistema informático. Por el contrario, si se quiere implementar un sistema como éste, el notario debe cumplir un rol fundamental, siendo él quien asegure la realidad de lo sucedido del otro lado del ordenador y en base a ella construya la verdad documental. Y para ello será crucial que se imponga como un requisito necesario para la actuación notarial en el ámbito digital, la vinculación física previa entre requirente y notario.

Por su parte, debe aclararse que esta vinculación física previa, no implica la realización de un juicio notarial preventivo, para ser luego aplicado hacia el futuro sin mayores seguridades (como ocurre hoy con determinadas entidades estatales y bancarias tales como AFIP, ARBA, bancos en general). Sino que en cada caso debe renovarse el juicio de discernimiento, la identidad, la legitimación, y demás recaudos. La vinculación previa del usuario y la persona física es una operación de ejercicio más, un presupuesto previo útil para la admisibilidad de la modalidad en tratamiento.

Al respecto, destaca Calvo Vidal que el notario debe *“Asegurar que el otorgante se encuentra en condiciones de aprender el alcance y las consecuencias del mismo...”*, por lo que, *“...la averiguación y la valoración de los factores que pueden mediatizar el consentimiento, justifican también que estos hayan de ser objeto de especial atención en cada nueva ocasión, sin que quepa, en ningún caso, fundamentar la valoración de un consentimiento posterior, sobre la exclusiva base de otra anterior, por muy segura que ésta fuera”*³⁰.

5.2. La VINCULACIÓN FÍSICA PREVIA NO IMPLICA FE DE CONOCIMIENTO

Tal como hemos dicho, la vinculación física previa debe ser entendida como una diligencia que supone que el notario desarrolle una actividad dirigida a posibilitar el conocimiento del requirente, mediante su encuentro en el mundo físico, a través del cual constate la existencia de una persona física detrás del usuario digital, y su relación con él. A raíz de ello, erróneamente se ha interpretado que esta vinculación en el mundo físico ente notario y requirente implicaría la exigencia de la fe de conocimiento, como recaudo para actuar en este ámbito.

Es por ello que nos detendremos brevemente a fin de esclarecer la cuestión.

Así, la fe de conocimiento, receptada hoy en el inciso b) del artículo 306 de Código Civil y

30 CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, extracto de su presentación del 27 de octubre de 2021; en: https://www.uinlearning.org/digitalrepository/pages/view.php?ref=197&search=%21last1000&order_by=relevance&offset=0&restypes=&starsearch=&archive=&per_page=48&default_sort_direction=DESC&sort=DESC&context=Root&k=&curpos=&go=previous&. La transcripción es nuestra.

Comercial de la Nación, ha sido conceptualizada como “...el medio técnico jurídico notarial por el cual el oficial público identifica, física y documentalmente, a las personas con el fin de individualizarlas en el instrumento respectivo”³¹. Por su parte, recordamos que la citada norma establece: “La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios: ... b) por afirmación del conocimiento por parte del escribano”.

Sin embargo, la vinculación física previa no implica un juicio o calificación relativo a la identidad del compareciente para proceder a su identificación, sino que se trata aquí, como hemos dicho, de una diligencia a través de la cual el notario constata la existencia de una persona humana detrás del usuario digital, mediante su encuentro en el mundo físico.

De hecho, bien podría suceder que luego de la vinculación física previa, el notario identifique al requirente con quien actuará en el ámbito digital por exhibición de documento idóneo, en virtud del inciso a) del artículo 306 del Código Civil y Comercial de la Nación. E incluso en este caso, la presencia física previa del requirente ante el notario facilitará en gran medida el control del documento idóneo utilizado para su identificación, máxime cuando se trate de documentos cartáceos.

5.3. LA VINCULACIÓN FÍSICA PREVIA COMO DILIGENCIA TENDIENTE A DISMINUIR LA RESPONSABILIDAD NOTARIAL

Por su parte, aun en caso de que se produzca una sustitución de personas, al conceptualizar a este requisito como una diligencia previa tendiente a evitar o al menos disminuir las posibilidades de fraude, sin dudas será un factor que podrá contribuir a disminuir la responsabilidad del escribano.

Piénsese aquí que no sería la misma situación para el notario (ni el notariado) si, habiéndose producido una sustitución de identidad en la actuación notarial en el ámbito digital, fuera el método el que sea falible por apoyarse exclusivamente en datos digitales para la identificación del requirente, sin haber requerido la vinculación física previa del notario con los requirentes, como una diligencia necesaria.

Pues bien podría decirse, en este último caso, que el notario asumió el riesgo de comunicarse con el requirente por un medio inseguro, sin requerir elementos de identidad analógicos, por fuera de los canales informáticos.

6. PRESUPUESTOS INFORMÁTICOS NECESARIOS PARA LA ACTUACIÓN NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

A continuación, destacaremos algunos aspectos propios de la seguridad informática, tendientes a proporcionar un canal de comunicación seguro y confiable que resultarán imprescindibles a fin de poder considerar una actuación notarial en el ámbito digital respetuosa de los principios del notariado latino, mediante la cual se pueda llegar al logro de los fines que la función notarial debe perseguir.

6.1. PLATAFORMA SEGURA

Así, como primera medida, debemos destacar que la actuación notarial en el ámbito digital deberá canalizarse mediante de la utilización de una plataforma informática se-

31 GATTARI, Carlos Nicolás; “Manual de Derecho Notarial”; Ed. Depalma; Buenos Aires; 1988; p. 101.

gura y privada, con acceso restringido por parte del requirente, cuyo gobierno y control se encuentre en manos de las instituciones que nuclean la actividad notarial. Así, en la argentina, este control puede encontrarse tanto en manos de los Colegios Profesionales locales, como del el Consejo Federal del Notariado Argentino.

Por su parte, la audiencia notarial en el ámbito digital debe darse a través de un canal seguro dentro de la plataforma misma, que brinde un ámbito privado y confidencial, que, lógicamente, deberá contar con una comunicación por videoconferencia en tiempo real entre el notario y requirente.

Al respecto hemos dicho que *“De esta manera la audiencia notarial se desarrollará por medio de una videoconferencia segura, protegida y privada, en la que se llevarán a cabo las tareas notariales y se procederá a la lectura del documento notarial electrónico..., el que contendrá las declaraciones que, una vez firmadas, serán asumidas por los otorgantes del acto como propias, en su calidad de manifestaciones autenticadas”*³².

También será de vital importancia que la misma plataforma permita el intercambio de documentación (lógicamente tratándose de documentos digitales) de manera segura. Asimismo, se destaca que el notario debe tener el control del documento digital en todo momento, desde el inicio de la audiencia notarial, hasta la autorización del documento mediante la aplicación de su firma digital. Se destaca aquí que resulta imprescindible la aplicación de la firma digital por parte del notario, pues, además de ser el medio de autorización del acto, representa un elemento de seguridad informática necesario para lograr confianza en este ámbito.

Debemos destacar aquí que se ha planteado la posibilidad de proceder a la grabación y guarda de la videoconferencia que refleje la celebración del acto notarial, como un elemento más de seguridad. Sobre este punto debemos observar que esta idea parte de un error en la conceptualización del documento notarial, pues éste debe ser autosuficiente y bastarse a sí mismo, sin que se torne necesario (ni posible) recurrir a medios de prueba alternativos para reforzar la verdad propia del documento notarial.

Así, la opinión que plantea aquella posibilidad ignora que *“La fe pública exige un acto de fe de quienes no tuvieron la evidencia de un hecho- entre ellos, el juez- y sustituye el hecho objeto del acto de fe por la narración ESCRITA de ese hecho por el funcionario competente, de tal forma que, sin la sentencia civil o criminal de falsedad, en cuyo caso se destruye la fe pública, no será legalmente posible el canje de la narración (objeto inevidente para el lector) por el hecho objeto evidente. La fe pública es una narración eficaz por sí misma, un texto documental de curso forzoso, sin reintegro en evidencias concretas, sin revisión del hecho narrado”*³³.

Por ello concluimos en que debe rechazarse esta idea, pues, como sostuviéramos en otra oportunidad, creemos que *“la grabación y guarda de la videoconferencia no solo no aportaría nada útil al acto jurídico notarial electrónico, sino que solo generará una duplicidad en la documentación del acto, lo que podría llegar a comprometer seriamente sus fines”*³⁴.

32 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en “El acto jurídico en el ámbito digital. Op. Cit. P. 69.

33 NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Hechos y derechos en el documento público”, En “Estudios de Derecho Notarial”, Tomo 1, Madrid, España, 1986, p. 503.

34 DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en “El acto jurídico en el ámbito digital. Op. Cit. P. 70.

6.2. LA FIRMA DEL ACTO NOTARIAL EN EL ÁMBITO DIGITAL

Uno de los aspectos que deben resolverse a la hora de analizar la implementación práctica de la actuación notarial en el ámbito digital, radica en determinar cuáles pueden ser las herramientas útiles para lograr cumplir con el requisito de la firma del documento digital, especialmente por parte de los requirentes.

En este sentido, contamos en la actualidad con tres herramientas que presentan características potencialmente aptas para ello (o no), lo que amerita que nos detengamos en su consideración, estas son: a) la firma digital; b) la firma electrónica; y c) la firma ológrafa digitalizada.

a) Respecto de la utilización de la **firma digital**³⁵, partiendo por su equiparación legislativa a la firma ológrafa en virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 288 CCCN³⁶, podemos decir que es sin dudas una herramienta útil para cumplir con el requisito de la firma del documento digital, por lo que su admisión en este ámbito resulta obvia.

Aunque desde una perspectiva práctica, se observa que la firma digital no ha tenido aún una difusión masiva en la argentina, sino que su utilización ha quedado reservada a una pequeña porción de la sociedad.

b) Respecto de la utilización de la **firma electrónica**³⁷, en cambio, aunque bien podría plantearse la posibilidad de implementación de una firma electrónica ante notario, lo cual eliminaría todas las debilidades propias de esta herramienta; en virtud del mismo artículo 288 en su segundo párrafo y de las disposiciones contenidas en los artículos 2, 3, 5 y concordantes de la LFD, su utilización se torna cuanto menos cuestionable sin que medie una reforma legal que la contemple.

Sin perjuicio de ello, creemos que esta idea puede ser estudiada en profundidad a futuro, pues debemos tener en cuenta que un documento digital que contenga una firma electrónica del requirente puesta ante notario, y luego la firma digital del notario, presentará un alto grado de seguridad, tanto desde el punto de vista jurídico como informático.

c) Por último, diremos que por **firma ológrafa digitalizada**³⁸ nos referimos a la firma manuscrita aplicada sobre un dispositivo digital (Tablet, smartphone, etc.) apto para captarla y plasmarla en un soporte digital.

Respecto de sus alcances, decimos que cabe asignarle a la firma ológrafa digitalizada los efectos jurídicos propios de la firma ológrafa, pues, en verdad, se trata del trazo peculiar del firmante, realizado de su propia mano, lo que implica su inescindibilidad, aplicado a un soporte digital³⁹.

35 Respecto del estudio de firma digital y sus efectos jurídicos, remitimos a lo dicho en: DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago: "Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial. Actuaciones notariales en soporte digital. Firma digital." Editorial Di Lalla Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019; y en: "Efectos jurídicos de la firma digital en el derecho argentino. Acerca de la errónea equiparación de la firma digital a la certificación de firmas en el decreto 182/2019", Franco Di Castelnuovo y Santiago Falbo, publicado en La Ley, el 23 de octubre de 2019, 23/10/2019, 1, Cita Online: AR/DOC/3333/2019.

36 Art. 288 CCCN: "...En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".

37 Sobre la conceptualización y estudio de la firma electrónica, remitimos a lo dicho en: DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en "El acto jurídico en el ámbito digital. Intervención notarial, principio de intermediación y protocolo digital"; en Derecho y Tecnología. Aplicaciones notariales. Cristina N. Armella (Dir.); Karina V. Salierno (coord.); Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020, p. 48 y ss, y p. 71.

38 Esta herramienta ha sido conceptualizada como firma ológrafa digitalizada, firma ológrafa aplicada en soporte digital, o firma digitalizada, entre otras.

39 Recordemos aquí la nota al artículo 3639 del Código Velezano: "La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido: es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad".

Así, se la ha definido como *“...al trazo peculiar que realiza una persona ya no en un soporte papel, sino en uno digital —signature pad—; dispositivo que tiene la aptitud de capturar el ritmo, la velocidad, la presión y la aceleración de los movimientos con que se efectúa la firma, a través de la utilización de un programa adecuado al efecto. Tales rasgos posibilitan la realización de pericias caligráficas mediante la utilización de softwares pertinentes”*⁴⁰.

Por su parte, también se ha dicho: *“De allí que lo concluyente para que la firma se califique como ológrafa o manuscrita es que se lleve a cabo ‘por la mano’ de su otorgante —de acuerdo con la fraseología del art. 2477 del Cód. Civ. y Com.— sin que sea relevante el soporte donde ella se concrete” pues “Se ha dicho que en la firma efectuada por estos medios: ‘... es el mismo gesto humano indisoluble del firmante el que produce la firma (...). La estampación de la firma en pizarra electrónica es firma manuscrita en cuanto que solo puede hacerse con la propia mano y que necesariamente requiere la presencia del firmante”*⁴¹.

Si bien podría plantearse una cierta debilidad en este instituto en cuanto a la dificultad de determinar la aplicación concreta de una firma en un momento determinado, y su consecuente imputación a un sujeto determinado, esta debilidad no podría darse en el ámbito notarial, pues, habiendo sido aplicada en presencia del notario, ésta quedaría cubierta con su intervención.

Por su parte, no es cierto que el segundo párrafo del artículo 288 vea el uso de esta herramienta en el ámbito digital, pues la norma solo se refiere a la utilidad de la firma digital para satisfacer el requisito de la firma, mas nada dice sobre la admisibilidad de otras formas de firma ológrafa⁴².

Por ello diremos que la firma ológrafa digitalizada es una herramienta apta para cumplir con el requisito de la firma por parte de los requirentes en la actuación notarial en el ámbito digital.

6.3. LA ESCRITURA MATRIZ DIGITAL

El aspecto principal que queremos destacar aquí radica en que, conceptualmente, la implementación de la actuación notarial en el ámbito digital implica la gestación de una matriz digital.

En consecuencia, de las disposiciones contenidas en el artículo 300 del CCCN⁴³ se desprende que corresponde a las legislaciones locales su reglamentación, así como la habilitación de su uso, y, especialmente, el procedimiento y los recaudos necesarios para la conservación y guarda del protocolo.

Desde este último aspecto pareciera ser altamente recomendable determinar la necesi-

40 Ignacio E. ALTERINI y Francisco J. ALTERINI, “El instrumento ante las nuevas tecnologías. Quid de la firma digitalizada”, La Ley, Cita on line: AR/DOC/2392/2020. P. 2.

41 Ignacio E. ALTERINI y Francisco J. ALTERINI, Op. Cit. P. 3. Con cita a CÁMARA LARGO, Antonio O., “La firma de contratos en pizarra digital como firma manuscrita”, Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez), 34, 2013, ps. 89 y ss.

42 En efecto, para que aquella postura restrictiva sea cierta, el segundo párrafo del artículo 288 del CCCN debió haber dicho: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona sólo queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

43 Artículo 300 del CCCN: “El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo”. la autoría e integridad del instrumento”.

dad del traspaso del documento digital al protocolo papel, a la manera de una reproducción protocolar de una matriz digital. Independientemente de ello se debe identificar al documento digital original como documento matriz de la actuación notarial, por lo que también resultará exigible la conservación de la matriz digital en el formato original.

En esta misma línea, se ha sostenido que: *“El surgimiento de la matriz electrónica determinará la organización de nuevos sistemas de conservación. Partiendo de la realidad vigente, parece encajar dentro de toda lógica que los documentos notariales creados originariamente de forma electrónica hayan de conservarse en ese mismo soporte. Sin perjuicio de que, por razones de prudencia, y al menos con carácter transitorio, pudieran conservarse también una reproducción de los mismos en soporte papel”*⁴⁴.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMELLA, Cristina Noemí y Ot. “Emergencia, pandemia, tecnología y notariado”. Rubinzal Culzoni Editores Cita: RC D 2091/2020.
- BARRIO GALLARDO, Aurelio; “La documentación del contrato electrónico: ¿Es posible una escritura pública digital?”; En Derecho y Tecnologías Avanzadas; Ed. F. Galindo Ayuda, Lefis Series nº 16, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2014.
- BELLUSCIO, Augusto C (Director), ZANNONI, Eduardo A. (Coordinador), “Código Civil y Leyes Complementarias, comentado, anotado y concordado”; Ed. Astrea De Alfredo y Ricardo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, 2004.
- BOLÁS ALFONSO, Juan, “Firma digital, comercio electrónico y fe pública notarial”; en Revista Jurídica del Notariado Nº 36, Octubre-diciembre 2010.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso; “Viabilidad de la matriz u original del documento notarial en soporte electrónico”; Obra inédita, facilitada por el propio autor durante el transcurso de la beca de perfeccionamiento instituida por el Consejo General del Notariado Español; Madrid, 2014.
- CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, presentación titulada “digitalización de la función notarial e intervención a distancia”, del 27 de octubre de 2021, en: https://www.uinlearning.org/digitalrepository/pages/view.php?ref=197&search=%21last1000&order_by=relevanc

44 CALVO VIDAL, Isidoro Antonio, extracto de su presentación del 27 de octubre de 2021; en: https://www.uinlearning.org/digitalrepository/pages/view.php?ref=197&search=%21last1000&order_by=relevance&offset=0&restypes=&starsearch=&archive=&per_page=48&default_sort_direction=DESC&sort=DESC&context=Root&k=&curpos=&go=previous&. La transcripción es nuestra.

e&offset=0&restypes=&starsearch=&archive=&per_page=48&default_sort_direction=DESC&sort=DESC&context=Root&k=&curpos=&go=previous&

- DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, en "El acto jurídico en el ámbito digital. Intervención notarial, principio de intermediación y protocolo digital"; en Derecho y Tecnología. Aplicaciones notariales. Cristina N. Armella (Dir.); Karina V. Salierno (coord.); Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2020.
- DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, "Efectos jurídicos de la firma digital en el derecho argentino. Acerca de la errónea equiparación de la firma digital a la certificación de firmas en el decreto 182/2019", publicado en La Ley, el 23 de octubre de 2019, 23/10/2019, 1, Cita Online: AR/DOC/3333/2019.
- DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, "Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial. Actuaciones notariales en soporte digital. Firma digital." Editorial Di Lllalla Ediciones; Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 2019.
- FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, "Manual de derecho informático", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 327.
- GARCÍA COLLANTES, José Manuel "Intermediación notarial y nuevas tecnologías. Una visión europea", por, en Revista del Notariado N° extraordinario 2020-1; del 25 de junio de 2020. Cita online: <http://www.revista-notariado.org.ar/2020/06/inmediacion-notarial-y-nuevas-tecnologias-una-vision-europea/>Cita nota García Collantes.
- GARCÍA MÁZ, Francisco Javier, "La seguridad jurídica preventiva y las nuevas tecnologías", publicado en "La reforma de la justicia preventiva" (Seminario organizado por el Consejo General del Notario en la UIMP), Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2004.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel; "La función Notarial en el medio electrónico", En "Anales de la Academia Matritense del Notariado", T LII, curso 2011/2012.
- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, "Un mundo global y digital desde la perspectiva notarial", en el blog personal del autor; cita online: <http://www.notariallopis.es/blog/i/1451/73/un-mundo-global-y-digital-desde-la-perspectiva-notarial>.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", En "Estudios de Derecho Notarial", Tomo 1, Madrid, España, 1986, p. 503.
- NUÑEZ LAGOS, Rafael: "Documento público y autenticidad de fondo", Revista del Notariado, mayo de 1947, y "Estudios de Derecho Notarial", II, p. 183-207.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", Escritos Jurídicos II, Colegios Notariales de España, Consejo General del Notariado Español, 1996, p. 217.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; "Firma electrónica y documento electrónico"; Ed. Consejo General del Notariado; Madrid; 2004; p. 16.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; "La firma electrónica", Comunicación leída el 5 de junio de 2000 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Pleno de Académicos de Número; publicado en Revista del Notariado N° 861, Año CIII; julio-septiembre de 2000; Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, "Naturaleza jurídica del documento autentico notarial"; en Revista Notarial N° 787, La Plata, 1969, También publicado por Junta de Decanos de los colegios notariales; Madrid, 1963.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: "Principios notariales", El Notario del Siglo XXI, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, España, 2013, p. 29.
- VELTANI, Juan Darío, "Naturaleza jurídica de las aplicaciones de plataformas. Aspectos contractuales. Incidencia de la propiedad intelectual", en "Aspectos jurídicos de las aplicaciones de plataformas", Dirigido por VELTANI, Juan Darío; Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020.