

## Emergencia, pandemia, tecnología y notariado<sup>[\*]</sup>

Autores:

Armella, Cristina Noemí  
Cosola, Sebastián Justo  
Esper, Mariano  
Guardiola, Juan José  
Lamber, Néstor Daniel  
Moreyra, Javier Hernán  
Otero, Esteban Daniel  
Sabene, Sebastián E.  
Salierno, Karina Vanesa  
Schmidt, Walter César  
Zavala, Gastón Augusto

Cita: RC D 2091/2020

### Subtítulo:

La autenticidad, la fe pública y la seguridad jurídica e informática

### Encabezado:

Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. Aborda con transversalidad la utilización de las nuevas tecnologías en el ejercicio del notariado y el peligro que acarrea el uso de plataformas no seguras que crean apariencias documentales que, en vez de consolidar la seguridad jurídica y la justicia preventiva, son fuente de controversia. Emergen fundamentales el Derecho Constitucional y los derechos humanos, la protección de datos, la publicidad engañosa y el Derecho del Consumidor. Finalmente se opone el documento notarial al instrumento privado y particular por su carácter de prueba y su calificación judicial.

### Sumario:

I. Introducción. I.a. Contexto actual. I.b. Planteo del problema. I.c. La Unión Internacional del Notariado. I.d. Finalidad del presente aporte. II. La actuación notarial constitucional en el marco de la emergencia legislativamente declarada. II.a. El método constitucional. II.b. La autorrictas notarial y el carácter normativo de la Constitución. II.c. La supremacía constitucional y la situación de emergencia (leyes, decretos de necesidad y urgencia y decisiones administrativas). II.d. Reglas de interpretación y aplicación de la teoría de la argumentación jurídica. II.e. Interpretación constitucional. II.f. El notario frente a la proporcionalidad y razonabilidad del derecho. II.g. Conclusiones. III. Función notarial. III.a. El principio de intermediación. III.b. La justificación de la identidad. III.c. Seguridad jurídica. III.c.1) Seguridad jurídica como principio constitucional. III.c.2) Seguridad jurídica preventiva. III.c.3) Seguridad jurídica y función notarial. III.c.4) Seguridad jurídica formal y la fe pública. III.c.5) Fases de la fe pública. III.c.6) Hechos auténticos, autenticados y su valor probatorio. III.c.7) El documento notarial, su valor probatorio, legitimador y ejecutivo. III.d. La clasificación de los documentos notariales. III.d.1) La escritura pública. III.d.2) Las actas notariales. III.d.3) Los certificados. IV. La contratación entre ausentes. IV.a. Introducción. IV.a.1) La contratación entre presentes y entre ausentes - Importancia de su distinción. IV.a.2) El consentimiento como elemento esencial de los contratos. IV.a.3) La oferta. IV.a.4) La aceptación. IV.a.5) Interpretación sobre la recepción. IV.a.6) La contratación en tiempos de aislamiento. IV.a.7) Forma y prueba. V. Reglas sobre publicidad engañosa y competencia desleal aplicables al certificado notarial remoto. V.a. Nociones básicas sobre publicidad. V.b. Las normas que regulan la publicidad. V.b.1) Introducción. V.b.2) Prohibición general de inducir a error o engaño. V.c. Publicidad en general y Derecho del Consumidor. V.d. El certificado notarial remoto y la publicidad engañosa. V.e. Acciones que dispone el perjudicado. V.f. Conclusiones. VI. Análisis de actuación notarial remota internacional y proyecto de actuación argentina. VI.a. Análisis de la situación internacional. VI.a.1) España. VI.a.2) Francia. VI.a.2)1. Actuación notarial francesa durante la pandemia. VI.a.3) Italia. VI.a.4) Otros países.

VI.b. Soluciones tecnológicas utilizadas por los notariados internacionales para la actuación digital. VI.c. Estado actual del notariado argentino. VI.d. Propuesta de actuación notarial remota en Argentina. VI.e. Conexión segura entre el requirente y el notario. VI.f. Identificación de las partes. VI.g. Obtener una prestación válida del consentimiento. VI.h. Actuación notarial remota y plataforma tecnológica no segura. VI.i. Plataforma de actuación notarial remota digital multicolegio de uso nacional. VI.j. Uso de firma digital y posible uso de firma electrónica con intervención notarial. VII. Protección de los datos personales en la actuación notarial remota. VII.a. Protección de datos personales y el ejercicio de la función notarial. VII.b. Requerimiento a distancia: identificación del titular de datos personales. VII.b.1) Juicio de individualización y discernimiento - Identificación analógica e identidades digitales. VII.c. Principio de calidad del dato: certeza de la realidad representada. VII.c.1) La falta de calidad del dato personal en el certificado remoto. VII.d. Consentimiento informado para la cesión o transferencia de datos personales. VII.d.1) El deber de confidencialidad de los datos personales en los documentos notariales digitales. VII.d.2) Transferencia de datos personales y seguridad de la plataforma de videoconferencia a distancia. VII.d.3) Datos sensibles en el documento electrónico reproducido y el certificado notarial remoto. VII.e. Comercio electrónico, datos personales y certificado notarial remoto. VIII. Consecuencias del ofrecimiento probatorio de documentos notariales gestionados a través de plataformas no seguras. VIII.a. El abogado, el asesoramiento jurídico, la prueba y el documento. VIII.b. El examen o análisis documental y el ofrecimiento probatorio desde la perspectiva del abogado del litigante. VIII.c. El asesoramiento del abogado en una etapa anterior a la celebración del negocio jurídico. IX. Algunas consideraciones sobre el valor probatorio de los instrumentos - La incidencia de la tecnología. IX.a. Breve reseña del marco normativo. IX.b. Valor probatorio de algunas especies - Actas y certificaciones notariales. IX.c. La prueba digital. IX.d. A modo de cierre. X. Conclusiones.

## **Emergencia, pandemia, tecnología y notariado<sup>[\*]</sup>**

### **I. Introducción<sup>[1]</sup>**

Principios de mayo de 2020. La Pandemia por COVID-19 continúa. La realidad imperante, en mayor o menor grado, está presente en casi todos los países del mundo. Se replican el aislamiento de las personas humanas y la prohibición de circular que generan un durísimo golpe a las economías locales, regionales y continentales. De la globalización que caracterizó al siglo XX, pasamos a fronteras cerradas. Estas experiencias inéditas producen escenarios cambiantes que impactan en todos los aspectos de la cotidianeidad. Entendemos que esta profunda frustración debe capitalizarse. Como contracara del conformismo de no poder modificar el destino, encontramos la posibilidad de aprender del presente para mejorar el futuro o, tal vez, evitar repetir errores. Esta premisa puede aplicarse aun al ámbito del derecho y particularmente al ejercicio de la función pública notarial que, aunque milenaria, se recrea, adaptándose a los cambios sociales, culturales, económicos y tecnológicos, en fin, a todos los cambios que impactan en la persona humana y en su desarrollo en sociedad.

#### **I.a. Contexto actual**

La República Argentina adoptó en su Constitución Nacional una forma de gobierno representativa, republicana y federal. Existen veinticuatro demarcaciones territoriales distintas, veintitrés Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Los poderes reservados por las Provincias generan la existencia de veinticuatro leyes notariales, una para cada jurisdicción. Por lo cual, el gobierno y la fiscalización del notariado es de orden local. No obstante rige un solo Código Civil y Comercial para todo el país.

El 23 de diciembre de 2019 entró en vigencia la Ley 27541, de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, en todo el territorio nacional.

Por Decreto de Necesidad y Urgencia 260/2020 (en adelante, DNU), el 12 de marzo de 2020 el Poder Ejecutivo Nacional, amplió la emergencia pública en materia sanitaria en virtud de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19<sup>[2]</sup>.

Por Decreto de Necesidad y Urgencia 297/2020, el 20 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional, declaró el aislamiento social, preventivo y obligatorio para todos los habitantes nacionales o extranjeros y la prohibición de circular, salvo a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, los

que fueron enunciados en la misma norma. El ejercicio del notariado a esa fecha no fue considerado actividad o servicio esencial, por lo que resultó necesario mantener las notarías cerradas completamente, al igual que los Colegios de Escribanos de las veinticuatro jurisdicciones. A partir de esa fecha se interpretó que los notarios solo podían abastecer requerimientos alcanzados por el art. 6, inciso 6 del último DNU citado, en tanto por excepción podían circular las *"personas que deban atender una situación de fuerza mayor"*.

Por Disposición Administrativa 467/2020 (en adelante, DA) que entró en vigencia el 8 de abril de 2020, emitida por el Jefe de Gabinete de Ministros del Poder Ejecutivo Nacional se reconoció al notariado su calidad de servicio esencial, pudiendo intervenir en requerimientos efectuados por personas humanas o jurídicas dedicadas a las actividades y servicios declarados como esenciales en la emergencia y siempre que la prestación del servicio notarial, encuentre limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de esas actividades y servicios.

De la normativa citada surge la posibilidad de intervención en: 1) Toda actividad protocolar o extraprotocolar que posibilite el cumplimiento de las actividades y servicios exceptuados (art. 1 de la DA 467/2020). Las actividades y servicios exceptuados se enumeran en el artículo 6 del DNU 297/2020 y en las siguientes DA posteriores 429/2020, 450/2020, 467/2020, 468/2020, 490/2020, 524/2020 y 622/2020; 2) en la certificación gratuita de las firmas de los/las beneficiarios/as del ANSES tendientes a evitar sus desplazamientos (art. 2 de la DA 467/2020) y 3) en requerimientos impostergables o de fuerza mayor (art. 6, inc. 6 del DNU 297/2020).

En virtud del DNU 297/2020 y la DA 467/2020, las notarías deben permanecer cerradas. Solo pueden atender los requerimientos si son de los casos descriptos. Los documentos notariales autorizados, deben contener en su texto el encuadramiento legal que permita entender que el requerimiento pueda ser abastecido por el notario. Todo ello debe cumplirse bajo estrictas conductas de prevención del contagio de la enfermedad.

El principio general acerca de que los veinticuatro Colegios Notariales de todas las demarcaciones debían permanecer cerrados con atención de guardias para la provisión de materiales a los notarios y la confección de legalizaciones, fue modificado a partir del 27 de abril de 2020 cuando comenzó la apertura del aislamiento al que se denominó aislamiento "administrado" o "focalizado" o "sectorizado" correspondiente al DNU 408/2020 del Poder Ejecutivo Nacional. Esta norma delega en los Gobernadores de las Provincias y en las autoridades locales la decisión de la reapertura de las distintas actividades, lo que da lugar a que el servicio notarial pueda ir saliendo del aislamiento total en determinados lugares y en otros no.

En toda la República Argentina hay aproximadamente ocho mil registros distribuidos en todas las demarcaciones descriptas. Todas las notarías en mayor o menor medida poseen algún grado de desarrollo tecnológico y tienen acceso a Internet. En todo el país existe matricidad protocolar en papel. Solo en algunas demarcaciones como Ciudad de Buenos Aires o Provincia de Buenos Aires, se expiden testimonios digitales para ingresar en los registros de publicidad. Existe accesibilidad virtual desde la notaría con algunos entes estatales (por ejemplo, la Unidad de Información Financiera, Administración Federal de Ingresos Públicos, Registro de la Propiedad Inmueble, entre otros). No existe como práctica el teletrabajo de los empleados de la notaría desde su domicilio, ni de los propios notarios, pero está ampliamente difundido el contacto originario de los requirentes con el notario o personal de la notaría por teléfono, whatsapp, videollamadas, correo electrónico, videoconferencias, etc. Las audiencias notariales para el otorgamiento y autorización de las escrituras públicas o certificaciones de firmas son presenciales y con intermediación con los otorgantes, en la Notaría o fuera de ella cuando la ley lo permite o el requirente lo solicita.

La escritura pública (como documento notarial por excelencia) se regula entre los instrumentos públicos en el Código Civil y Comercial, aplicable en todo el país. No se ha legislado aun ningún otro soporte, más que la matricidad protocolar en papel, con características intrínsecas de seguridad del propio papel a utilizarse. Existe legislación nacional de firma digital y en algunas demarcaciones territoriales como en la Provincia de Buenos Aires, todos los notarios (aproximadamente dos mil quinientos) cuentan con su firma digital. No existe el protocolo digital.

Desde que se declaró el aislamiento social, preventivo y obligatorio con la prohibición de la circulación de personas, salvo aquellas exceptuadas por cumplir actividades o servicios esenciales, la facción documental notarial no tuvo ninguna reforma o modificación.

No obstante, lo dicho, solo el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires dictó la Resolución de su Consejo Directivo 103/2020, Acta 4124, del 2 de abril de 2020, modificada por Resolución 112/2020, Acta 4125, del 9 de abril de 2020, que rige para ese ámbito territorial desde la primera fecha, o sea desde el 2 de abril próximo pasado. De esta forma se modificó un reglamento interno permitiendo la existencia de un "certificado notarial remoto" que posibilita al notario de esa demarcación territorial expedir en un folio digital o papel la certificación de lo que percibe a través de cualquier medio como una video llamada o una videoconferencia *sin utilización de una plataforma segura*.

#### I.b. Planteo del problema

Esta modalidad de "certificación notarial remota" exclusiva y excluyente de la Ciudad de Buenos Aires, representa un intento del notariado de esta jurisdicción y una respuesta para sortear el aislamiento social, preventivo y obligatorio declarado en nuestro país, a través de la utilización de la tecnología. Como prueba es aceptable, pero su utilización en el tráfico jurídico debe advertir que atenta contra los principios fundamentales y la esencia del notariado de tipo latino, y puede generar un incumplimiento de los principios deontológicos notariales al no cubrir los requisitos mínimos de seguridad informática a los que debe aspirar cualquier notariado que se encamina hacia un desarrollo serio tecnológico al servicio de la seguridad jurídica.

Frente a la situación excepcional que se está viviendo y a esta experiencia en uno de los veinticuatro colegios notariales del país, se impone un análisis técnico jurídico general de la emergencia, pandemia, notariado y tecnología, para estudiar qué grado de desarrollo tecnológico y jurídico existe en otros notariados que puedan servirnos de bagaje conceptual para comenzar a transitar el camino hacia la consolidación de las herramientas tecnológicas y su utilización en el ejercicio de la función pública notarial, que nos provean resultado documental equiparable al conocido hasta el presente.

#### I.c. La Unión Internacional del Notariado

La Unión Internacional del Notariado (UINL) se creó a partir de la celebración del Primer Congreso Internacional del Notariado, acaecido en la Ciudad de Buenos Aires el 2 de octubre de 1948. En la actualidad nuclea ochenta y nueve notariados<sup>[3]</sup> de los todos los continentes. Frente a la diversidad étnica, política, geográfica, religiosa, cultural, existe un común denominador. El notario de tipo latino. Un profesional del derecho a cargo de una función pública. La pandemia ha afectado a todos los países donde estos notariados se desarrollan, aplicándose medidas similares que afectan el ejercicio funcional pleno.

Así, la necesidad del aislamiento y del cumplimiento de las normas de salubridad con el llamado distanciamiento social (OMS) están promoviendo que algunos notariados pretendan dar respuesta a los requerimientos en forma remota, a partir de la utilización de "videoconferencias" por medio de plataformas de acceso gratuito y público que no ofrecen la seguridad jurídica que el notariado debe resguardar. Una plataforma que no garantice una comunicación segura entre el notario y su requirente puede generar antecedentes disvaliosos para el futuro, que atentarán contra la seguridad jurídica que debemos concretar.

De toda experiencia debemos sacar una enseñanza. El COVID-19 ha demostrado que los notariados, en aquellos países que carecen de las infraestructuras tecnológicas necesarias para brindar estos servicios, deberán destinar sus mayores esfuerzos para poder comenzar a transitar ese camino, en el respeto de los principios y fundamentos del notariado de tipo latino. Por ello, la preocupación se centraliza en la utilización de plataformas no seguras para dar fe pública durante una videoconferencia que se desarrolla por medios técnicos inseguros y fácilmente vulnerables. Todo medio tecnológico que utilice el notariado como herramienta en el ejercicio funcional debe posibilitar al notario cumplir con sus deberes de garantizar la calificación de la capacidad, juicio de sus requirentes, el secreto profesional y la protección de los datos de los usuarios. Por ello, dichas plataformas deben ser desarrolladas, validadas y controladas por los mismos notariados.

Como ejemplos de prospectiva funcional basada en muchos años de estudio e inversión económica, podemos citar (solo con carácter enunciativo) a España (el Consejo General del Notariado creó la Agencia Notarial de Certificación junto a la plataforma tecnológica -ANCERT- y a su Sistema Integrado de Gestión del Notariado

-SIGNO-); a Italia (el Consejo Nacional de Notarios y el Fondo Nacional de Notarios crearon "Notartel" que conecta a todos los notarios italianos a través de una plataforma web dedicada, la Red Unitaria de Notarios -RUN-); a Alemania (el Consejo Federal del Notariado Alemán creó la "Notarnet GmbH", empresa gestionada por el mismo Consejo Federal) y a Francia (el Consejo Superior de Notarios ha creado "MICEN", trabajan además con la plataforma "Planete" y la aplicación "Tele@actes" ).

También es necesario destacar que nuestra organización internacional ha decidido la creación de un grupo de trabajo de "Nuevas Tecnologías" que ha marcado muchos avances en el tema. Dentro de sus conclusiones destacamos: *"La intermediación de las partes ante el notario es un elemento esencial para la prestación del servicio notarial. En el tráfico negocial existen determinados actos, sobre todo aquellos que, por su naturaleza unilateral o su carácter asociativo, sin contraposición de intereses, admiten excepcionalmente que la intermediación no sea física o presencial sino a través de medios técnicos diversos. En estos supuestos el notario, siguiendo el principio de neutralidad tecnológica, puede decidir qué medios le parecen suficientes para recibir el consentimiento, identificar a los otorgantes, apreciar su capacidad y en general formarse el juicio de legalidad de todos los elementos integrantes del acto que deba autorizar. El notario es el único responsable de la identificación, juicio de capacidad o discernimiento, información del consentimiento y control de legalidad sin que las deficiencias del medio técnico elegido puedan excusarle. La escritura pública no existirá hasta el momento en que el notario formalice su acto de autoridad, expresando su conformidad con las leyes, mediante la firma del documento"*[\[4\]](#).

En definitiva, las nuevas tecnologías como herramientas para el ejercicio notarial deben ser un instrumento para garantizar la concreción documental de los valores del ejercicio notarial como justicia preventiva que es (calificación de la capacidad, identificación, legitimación, legalidad, prestación del consentimiento informado sin vicios congénitos, entre otros.) y deben llegar hasta donde no desnaturalicen la esencia de la función notarial. Las nuevas tecnologías sólo son un instrumento al servicio de nuestra función. Su implementación en el seno de cada notariado requerirá de la incorporación de la tecnología necesaria y de las reformas legislativas consecuentes. Estos recaudos deberán respetar siempre la vigencia de los principios y fundamentos del notariado de tipo latino.

#### I.d. Finalidad del presente aporte

Emergencia, pandemia, tecnología y notariado. Cuatro vocablos que en sí mismos tienen un contenido vastísimo y que vinculados evidencian una realidad desafiante que nos impone pensar y repensar nuevas soluciones para abastecer los requerimientos, pero siempre dentro de la ley y no fuera de ella. Si bien el disparador es la experiencia notarial de la Ciudad de Buenos Aires, los resultados de esta investigación superan ampliamente ese escenario. Se profundiza en el Derecho Constitucional y aun en los tratados de derechos humanos, se actualiza la esencia misma de la función pública notarial y de su "opus" los documentos notariales, con toda su plenitud de validez y eficacia, y su distinción con los instrumentos privados y particulares, aun en la contratación entre ausentes. Así, se ingresa en las nuevas tecnologías como herramientas al servicio del ejercicio funcional notarial y la protección de datos. Es medular el abordaje de las consecuencias de las falencias tecnológicas de plataformas no seguras que acarrearán apariencias documentales que, en vez de consolidar la seguridad jurídica y la justicia preventiva, "coquetean" con la controversia, aspectos que atraviesan (con transversalidad) la publicidad engañosa (que impacta aun en el Derecho del Consumidor) y competencia desleal, el ofrecimiento de la prueba judicial y la calificación del documento en la sentencia definitiva. Esta investigación se funda en el principio de: *"Innovar sin perder la esencia"*[\[5\]](#).

## II. La actuación notarial constitucional en el marco de la emergencia legislativamente declarada[\[6\]](#)

### II.a. El método constitucional

Como instrumento de gobierno y más importante que ello, como expresión *primaria, máxima extraordinaria e ilimitada* de la soberanía de un pueblo, la *Constitución Nacional* (en adelante, CN), es la *ley fundamental de una Nación*[\[7\]](#). La denominada constitución *formal-oficial* cumple una función clave: estructurar al Estado, tutelando una estructura de poder, de derechos y de valores[\[8\]](#). Es la misma que, desde la clásica concepción de *Heller*, determinaba el concepto de poder constituyente[\[9\]](#). Según el inolvidable *Nino*, la CN es definitivamente, la *carta de navegación del país*[\[10\]](#).

Estas firmes e indudables aseveraciones implican aceptar que el análisis jurídico y político que de la CN se realiza desde los textos consagrados, es tan trascendente como dispar. Son muchos los temas relevantes a tener en cuenta a la hora de realizar un análisis estructural de una figura esencial para el desarrollo y la interpretación del derecho. La lectura constitucional de los derechos siempre implica, además, admitir una determinada interacción con otras disciplinas afines-multiculturalización del derecho-, tales como la ciencia política, la economía, las ciencias de la salud, etcétera, que también explican los avances y retrocesos de una humanidad acelerada y confundida, en ocasiones lamentablemente, cada vez más frecuentes. Mucho más si se tiene en cuenta que, de la vinculación del texto constitucional con la emergencia, necesariamente tendrá que emerger un resultado valioso, que tutele y promueva la protección de los derechos fundamentales implicados en una situación temporal, extraordinaria y anómala para la vida de relación. Acudir a la CN para poder sobrellevar, tan siquiera de una mejor manera, el tiempo que dure el estado de emergencia, significa como primera medida, aceptar que la emergencia se encuentra dentro de la CN y no fuera de ella; la emergencia es un tipo especial del género relativo al estado de necesidad<sup>[11]</sup>, que impone el deber de superación mediante la adopción de medidas extraordinarias y excepcionales<sup>[12]</sup>.

Estas líneas sirven para justificar la actuación notarial en tiempos de emergencia legislativamente declarada, cuando de las leyes que se dictan emerjan dudas que necesariamente haya que superar, desde el marco constitucional, a partir de una argumentación notarial del derecho que el propio escribano realiza en los momentos previos a la instrumentación. Existirá allí una valoración notarial de la jerarquía de los derechos fundamentales implicados (art. 31, CN) para qué en casos excepcionales, y ante la ausencia u oscuridad de la norma, pueda alcanzar la actuación de un acto o un hecho que sea necesario realizar para resguardar un derecho fundamental implicado.

Frente a un panorama normativo absolutamente desolador como es el que generalmente se proyecta en épocas de emergencia, el notario, en vías de salvaguardar la protección de ciertos derechos fundamentales en una situación de emergencia, puede y debe recurrir a la elaboración notarial del derecho teniendo en cuenta las normas de la CN y las reglas emergentes de los tratados que conforman el *Bloque de Constitucionalidad*, por cuanto esa actuación servirá para dar protección jurídica documental a los derechos esenciales de las personas humanas. Visualizar previamente los valores constitucionales que merecen resguardarse desde la función en el documento es una tarea de enorme responsabilidad, que el notario asume al calificar, teniendo una actitud absolutamente preventiva (art. 1710, CCC), en vías de alcanzar la tutela en la emergencia del valor supremo tutelado, que, en este caso, es la salud, y con la finalidad de prevenir un daño (art. 1708, CCC).

Para alcanzar la comprensión primaria de las líneas que siguen, es necesario y oportuno lograr visualizar al escribano como jurista del derecho a cargo de una función pública comprometido con el desarrollo del hombre, de la mujer, de las niñas, niños y adolescentes, y de las personas mayores de edad de nuestros días, preparado para receptor y elevar en los instrumentos que autorice, al Derecho Constitucional formal y sustancial en su máxima expresión.

## II.b. La autorictas notarial y el carácter normativo de la Constitución

El ejercicio práctico del Derecho Notarial ha postulado desde sus orígenes, el valor seguridad jurídica como esencial. Esa aseveración siempre exigió de un cuidado y de una tutela de la actuación notarial digna del más alto elogio, destacándose por sobre todas las cosas el cuidado en la aplicación e interpretación de la forma del instrumento público. En este sentido, la elaboración notarial del derecho siempre fue tenida en cuenta desde las enseñanzas de los grandes maestros del notariado, que son quienes precisamente alcanzaron a edificar sus teorías desde y para la conformación del instrumento público notarial. Pero también desde el Derecho Civil y en la actualidad, desde el derecho privado unificado, se postula el cuidado de la forma como elemento esencial del documento notarial; de ahí que en los tratados y manuales de la parte general del derecho privado se incorpore el estudio de la función notarial dentro del capítulo relativo a la forma de los instrumentos públicos. De manera que la forma para el Derecho Notarial es esencial para poder justificar en el instrumento, no solo la fuerza de la propia publicidad cartular externa, sino más importante que ello: la potencia de la publicidad cartular interna.

La *publicidad cartular interna* siempre se ha justificado desde la ley. Pero en los tiempos actuales debe de

conformarse no solamente con la ley, sino con los principios y los valores que el derecho actual realiza en la elaboración jurídica cotidiana. De esta manera, se asiste como en ninguna otra época en la historia jurídica de nuestro país, a la atención de las elaboraciones jurídicas contemporáneas en razón no solo de la norma, sino de la norma constitucionalizada. En este sentido, ciertas clasificaciones académicas resultan ser por demás de relevantes a la hora de esbozar algunas precisiones tendientes a conformar una idea de la interpretación y argumentación constitucional de las leyes. Desde el punto *ontológico* entonces, las constituciones pueden ser diferenciadas según su carácter *normativo, nominal y semántico*. Interesa aquí únicamente su proyección normativa, toda vez que resulta indispensable analizar las concordancias de las normas constitucionales con la realidad del proceso o ejercicio del poder[13]. Referirse al carácter normativo de la constitución implica una tarea realmente esencial para la tarea que realiza quien oficia de notario en los tiempos actuales: esto le impone, al momento de escoger una determinada opción, tener que recurrir al contenido sustancial de la misma, conformado por *valores, principios y derechos*, que son los que, en definitiva, posicionan definitivamente a la persona humana en el centro de la importancia del derecho[14]. Así, la fuerza normativa de la CN proyecta a la misma como *orden jurídico de base* establecida *para ser cumplida*[15], y por esta razón la utilización de las normas y los principios constitucionales en la tarea cotidiana jurídica es esencial para poder demostrar y justificar en el futuro, que las actuaciones en el marco de la elección de los derechos fundamentales implicados en un determinado documento fueron las que eran necesarias resguardar. Así se conforma la elaboración notarial del derecho y con ella, la posibilidad de ponderación notarial de derechos fundamentales en los momentos previos a la instrumentación de los mismos y en casos excepcionales, siempre recordando que el ejercicio notarial no brinda a quien lo realiza *imperium* decisorio como al juez. El notario no decide el conflicto ni la controversia, ni tiene la misión de resolverlo. Su actuación es en el marco biológico del desarrollo de los derechos en la normalidad. Desde esa posición, el notario proyecta la *autoritas* de fe pública, que inviste de seguridad jurídica preventiva a las relaciones jurídicas que ante él acontecen. El *notario* califica, y al hacerlo su función se convierte en un *cavere*, relacionado con la *precaución*, con el deber ético de *prevenir*, a partir de la aplicación de esa *autoritas* que, como una singularidad propia de la función notarial[16], es lo que permite dar previsibilidad y seguridad a las relaciones jurídicas, desarrollándose toda la actividad en un ámbito de paz, sin conflicto y sin controversias[17].

II.c. La supremacía constitucional y la situación de emergencia (leyes, decretos de necesidad y urgencia y decisiones administrativas)

La supremacía constitucional se suele analizar desde dos perspectivas: la primera, de tipo *material*, relacionada con el contenido de la propia CN en especial; y la segunda, estrictamente *formal*, directamente relacionada con la escala de las normas estatales, siendo la misma la norma superior, o más precisamente, la *ley de las leyes*[18]. Como norma fundamental que es, garantizada su vigencia y respeto a través del *control de constitucionalidad*[19], la CN reconoce dos tipos de limitaciones al ejercicio de los derechos por ella sostenidos y reconocidos:

- 1) Aquellos que son declarados en el propio texto constitucional, y
- 2) aquellos otros que son declarados por la fuerza de la ley -aunque en última instancia, también proviene de ella de manera indirecta[20]- o por creación jurisprudencial.

Esto implica reconocer que, en ciertas circunstancias especiales, la plenitud de los derechos en ella garantizados pueden sufrir algún tipo de restricción temporaria que logren de alguna manera, alterar el normal desenvolvimiento de la vida de relación en los estados de derecho. Estas circunstancias habitualmente ocurren en épocas de emergencia declarada legislativamente.

Sobre esto, digamos que existen en el cuerpo constitucional contemporáneo institutos propios de la *emergencia*. Ellos son el *Estado de Sitio* (art. 23, CN), la *intervención federal* (art. 6, CN), los *reglamentos de Necesidad y Urgencia* (art. 99, inc. 3) y la *delegación legislativa* (art. 76), que recepta un criterio sumamente amplio al referirse a la posibilidad de realizarla en casos de *emergencia pública*. En la necesidad de comprender el alcance de cada uno de estos temas, esencialmente frente a los diferentes tipos de emergencia en nuestro país, el estudio de la interpretación jurisprudencial de la CSJN en este tema es fundamental. De allí surgen criterios esenciales de comprensión tales como las exigencias de razonabilidad en la emergencia[21], la limitación de los poderes,

etcétera[22].

Se adiciona a estos casos contemplados en la CN, la doctrina del *poder de policía*, sin reconocimiento expreso en el cuerpo constitucional, pero asumido y consolidado desde la creación jurisprudencial[23]. El *poder de policía* supone *reglamentar y en todo caso, también restringir los derechos individuales teniendo en cuenta el interés general*[24].

La máxima restricción a los derechos reconocida en el propio cuerpo constitucional es sin lugar a dudas, el denominado *Estado de sitio*[25]. Aunque se proyecten situaciones de interpretación relativamente similares, el *Estado de sitio* se diferencia de otras situaciones de excepción, tales como la ley marcial, -no regulada en la CN-, y la *propia emergencia*[26], regulada o regulada *parcialmente*. En torno a ésta última, se sostiene que la misma debería justificar una determinada necesidad caracterizada por una extrema gravedad, por una imprevisibilidad, y con una temporalidad limitada, desde donde además pueda analizarse el factor sorpresa desde diversas perspectivas[27]. La actuación en emergencia importa aceptar una situación de necesidad excepcional, transitoria y accidental[28]. En definitiva, un contundente estudio enumera aquellos tópicos que aplicaron históricamente en la jurisprudencia de la CSJN para considerar que la situación de emergencia[29].

La situación actual de *emergencia sanitaria* hace presumir que, jurídicamente, la decisión por el *aislamiento social, preventivo y obligatorio*, enmarcado en una interpretación que se hace de la emergencia en materia de delegación legislativa, es una opción menos invasiva a la suspensión de derechos individuales que promueve la declaración del Estado de sitio. Una decisión de estas peculiares características tiene que contar para su pronta puesta en vigencia de un sostén constitucional que, de alguna manera, justifique una toma de decisiones de magnitud relevante. Por ello es que en los considerandos de los decretos del aislamiento se hace una cita especial al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[30], y en idéntico sentido, a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*[31] ambos tratados contenidos dentro del denominado *bloque de constitucionalidad* nacional (art. 75 inc. 22 CN)[32]. Es decir, hay una consideración supranacional en la invocación de los fundamentos para el dictado de medidas restrictivas de los derechos individuales en protección del bienestar general que, de alguna manera, instaura la discusión de la interpretación normativa dentro del ámbito constitucional.

A la fecha de redacción de este aporte, el panorama legislativo vigente, profuso, en ocasiones confuso y no del todo clarificador, genera muchas dudas para consolidar la aplicación y concreción del derecho documental[33]:

1) La Ley 27541/2019, una norma legislativa nacional vigente declara en el país la emergencia pública en materia *económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social*, delegándose en el Poder Ejecutivo Nacional una serie de facultades temporarias hasta el treinta y uno de diciembre del presente año[34];

2) El Decreto de Necesidad y Urgencia presidencial (en adelante, DNU) 260/2020, que establece el aislamiento obligatorio para aquellas personas que revistan la condición de infectados, casos sospechosos, y casos estrechos con los anteriores, entre otros, por el término de catorce días[35].

3) El DNU 297/2020 relativo al *aislamiento social, preventivo y obligatorio*, extendido a todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él de manera temporaria, que no podrán circular a partir del veinte de marzo y hasta el día treinta y uno de ese mes[36].

4) El DNU 325/2020, que prorroga el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* para todas las personas hasta el día doce de abril del presente año;

5) El DNU 355/2020, que prorroga el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* para todas las personas hasta el día veintiséis de abril del presente año.

6) El DNU 408/2020, que prorroga el *aislamiento social, preventivo y obligatorio* para todas las personas hasta el día diez de mayo del presente año, un decreto que además brinda la posibilidad a Gobernadores y Gobernadoras de Provincias a que decidan excepciones al cumplimiento del aislamiento y a la prohibición de circular, respecto

del personal afectado a determinadas actividades y servicios, en Departamentos o Partidos de sus jurisdicciones, con aprobación de la autoridad sanitaria local y siempre que se dé cumplimiento a ciertos requisitos exigidos a nivel epidemiológicos y sanitarios, y

7) La Decisión Administrativa del Jefe de Gabinete de Ministros de la Nación 467/2020 (en adelante, DA), que considera dentro de las actividades esenciales para el desarrollo de las actividades propias de la ciudadanía a la función notarial, limitándola exclusivamente a los casos especialmente referidos en esa norma y por deducción, en las análogas y correspondientes.

Para el ámbito del ejercicio de la función notarial el panorama descrito es suficiente, inclusive porque existen a la fecha recomendables aportes que describen con precisión la teleología legal<sup>[37]</sup>. Por supuesto que las normas mencionadas deben interpretarse ajustadas a la constitución -una regla básica de presunción de constitucionalidad de las leyes<sup>[38]</sup>- para lograr en el futuro, no ser discutidas y justificar su validez y vigencia. Quedan fuera del análisis académico constitucional todo tipo de decisiones reglamentarias internas que los colegios o corporaciones notariales vienen realizando hasta la fecha, ya que no alcanzan a revestir el carácter normativo necesario para poder sostener, sobre ellas, algún tipo de interpretación jurídica. En todo caso, esas posiciones podrán ser compulsadas con otras de la misma naturaleza, para poder entre ellas debatir una determinada posición -de naturaleza eminentemente gremial- al respecto.

#### II.d. Reglas de interpretación y aplicación de la teoría de la argumentación jurídica

Este panorama actual normativo ejemplificado únicamente desde el ejercicio de la función notarial pone de manifiesto lo dificultoso que resulta alcanzar algún acuerdo generalizado, ya sea desde las interpretaciones normativas o la puesta en vigencia de la teoría de la argumentación jurídica contemporánea. Desde la teoría clásica de la interpretación, se alude a la necesidad de recurrir a los denominados *principios jurídicos exactos*, en el intento por eludir cuestiones tales como la equidad, el derecho natural, cuestiones relacionadas con la metafísica, etcétera. Los principios son exactos precisamente porque no dan lugar a interpretaciones vagas o ambiguas, siendo los fundamentales, el principio de vigencia normativa, de unidad sistemática, el principio dinámico, el principio jerárquico, entre otros<sup>[39]</sup>. Desde esta posición, los resultados de actuar o no actuar notarialmente en la emergencia estarían sujetos a las siguientes posibilidades interpretativas:

- 1) La actuación se enmarca dentro de la ley nacional de emergencia, y consecuentemente, desde la interpretación de la "*fuera mayor*" establecida en el DNU 297/2020, art. 6, inciso 6, siendo el notario el que debe calificar ese supuesto.
- 2) La actuación se enmarca dentro de la DA 467/2020, solamente afectada a los casos allí enumerados y a aquellos casos comprendidos como actividades esenciales en los decretos anteriores, con la única finalidad de contribuir o coadyuvar a su realización.
- 3) Ambas actuaciones resultan compatibles, por cuanto derivan casos diferentes;
- 4) Ambas actuaciones resultan incompatibles, porque la DA es mucho más limitativa para la actuación que incluso el DNU cabecera.

La cuestión es diferente desde la posición del notario frente a la *teoría de la argumentación*. La *argumentación jurídica* intenta proponer modelos de la tarea realizada para que luego sea juzgada y así, concluir si se hizo una buena o correcta argumentación<sup>[40]</sup>. Implica una tarea de intelección del caso, para luego proceder la deducción de las normas, las reglas y los principios implicados en los que el notario tiene que aplicar respetando la voluntad, en el marco de la fe y con los efectos propios esgrimidos por la seguridad. Desde esta perspectiva, la argumentación notarial del derecho se consolida en la teoría de los valores que se relacionan proyectando el contenido del documento, lo que exhibe una doble fuerza de la publicidad cartular: *intrínseca* y *extrínseca*. Para ello, se vuelve necesario ubicar a los principios como verdaderos elementos de la *argumentación jurídica*, porque son los antepuestos al ordenamiento jurídico positivo, situación que les permite brindar al derecho un contenido apropiadamente *justo*<sup>[41]</sup>. Los principios generales del derecho son elementos *originarios* del ordenamiento jurídico, y por ello su misión no puede reducirse únicamente a integrar las lagunas del derecho o a brindar una

posible solución a los conflictos entre leyes, sino que deben ser siempre tenidos en cuenta para *una adecuada y mejor comprensión del ordenamiento jurídico en su generalidad*[42]. Fundado en estos nuevos criterios, se argumenta que existe una nueva edad de oro de los principios[43]; de allí que se alcancen a valorar obras elementales[44], que intentan darle a los principios el lugar que les corresponde en el campo de la moderna y compleja teoría de *argumentación jurídica*[45] en relación directa con la importancia que los mismos ofrecen al ser aplicados en la ya referida visión multicultural[46] y analógica[47] del derecho.

De esta manera, el notariado puede acudir a realizar la tarea que le sea encomendada, teniendo en cuenta las reglas de interpretación que crea convenientes dentro del marco normativo que necesariamente se impone en la emergencia, pero también puede fundamentar su actuación argumentando el derecho de principios y valores desde la propia CN -no es excluyente, al contrario, debería ser complementario-, para que los casos que alcance a documentar en la excepción y que en el futuro, por acción o por necesidad, deban de ser interpretados por la autoridad judicial, puedan demostrar claramente, que al momento de su conformación, la labor notarial ha tenido especialmente en cuenta, la protección del bien jurídico tutelado por el Estado en la emergencia, que en este caso y en estos tiempos, es el derecho a la salud.

## II.e. Interpretación constitucional

Todas las disciplinas autónomas del derecho en la actualidad intentan brindar, bajo su contenido teórico y práctico, un cierto espacio a la *interpretación constitucional*[48]. Es decir, en cada institución explicada y aplicada a la práctica habitual del oficio del jurista, la conexión con ciertos principios constitucionales propios de ese ejercicio deviene indispensable y obligatoria. Sobre esto, se advierte que *junto a la Constitución escrita convive una no escrita que se describe en el funcionamiento de las instituciones, en el ethos cultural de esa sociedad, de sus usos, etcétera*[49]. Es en ese momento de la actuación en donde los profesionales del derecho, en el caso notarial, a cargo de una función pública, deben dar valor y vigencia a la CN.

La interpretación constitucional tiene dos finalidades concretas:  *fijar el sentido de una norma constitucional y fijar el sentido de una norma o de un comportamiento relacionado con la CN*[50]. En este sentido, se fija una regla de enorme trascendencia para justificar el ejercicio interpretativo constitucional, al expresar el ámbito de concreción de la interpretación constitucional: *"Circunscribir la tarea interpretativa a un texto constitucional sin vincularlo a un caso o entuerto dado, resulta sino imposible al menos de difícil concreción y de dudosa utilidad"*[51]. Aun sabiendo que no es posible requerir al texto constitucional las soluciones a todos los problemas que se susciten en el campo práctico[52], es misión de quien oficia de jurista el estudiarla para encontrar en su cuerpo el reparo o la tutela de los derechos implicados en un determinado actuar que requieran de una especial protección. En el caso notarial, teniendo especialmente en cuenta que de su adecuada argumentación emergerá una certeza elemental propia de su autoridad de fe[53].

## II.f. El notario frente a la proporcionalidad y razonabilidad del derecho

Según lo anteriormente expuesto, el escribano debería aplicar la regla de *ponderación o balancing test* que lo ayude a descubrir cuál es el mejor derecho para ser documentado[54]. Esto teniendo en cuenta la obligación de ejercicio que impone al profesional fedatario a recurrir a las fuentes que sirvan de origen y de justificación al derecho que se pretende exponer y tutelar desde el documento, además de la ley escrita de diferentes jerarquías, y lógicamente, a la *Constitución Nacional* y todo valor o principio que de ella emerja. Es que no debe dejar de tenerse en cuenta que la *seguridad jurídica* conforma el interés de la agenda del jurista preocupado por el *control de razonabilidad* de las leyes. Si el derecho está conformado por reglas y por sus diferentes niveles de interpretación desde lo técnico (Poder Legislativo) y desde lo corriente (Poder Ciudadano), dado el conflicto *en la interpretación del alcance de la norma* habrá un juez que solucione la controversia[55], intentando alcanzar la racionalidad como método para evitar la arbitrariedad[56]. Sin embargo y como ya se ha dicho, al notario no le es posible, de ninguna manera, solucionar un conflicto de derechos o brindar una decisión a un problema planteado, pero si le corresponde, por el imperio de *autoritas notarial emergente de la fe pública*, tomar una decisión acerca de qué derecho es mejor que otro para proyectar en el documento. En este sentido, el valor seguridad se extiende hacia la posición de autores que postulan los fundamentos esenciales del principio de proporcionalidad como método razonable de análisis legislativo, desde donde pueden estudiarse notables teorías de aplicación de los principios de proporcionalidad y razonabilidad de las leyes para la adecuada ponderación de los derechos

fundamentales *positivizados* en la Constitución Nacional. De esta manera, se plantean de forma original<sup>[57]</sup>, metódica<sup>[58]</sup> y desarrollada<sup>[59]</sup> las máximas de razonabilidad o de proporcionalidad, que sirven para consolidar todo tipo de regulación de derechos fundamentales. Se trata de posicionar la idea que justifica que toda regulación de los derechos fundamentales debe ser razonable. De aquí que se postule el respeto de los tres tipos de sub-principios especiales relativos a la *adecuación o idoneidad de la norma, la necesidad y principio de proporcionalidad*<sup>[60]</sup>, todo lo que significa comprender que, en definitiva, *la seguridad jurídica*, valor esencial de la actividad notarial, es el fundamento tanto de la *legalidad* como de la *razonabilidad*<sup>[61]</sup>.

## II.g. Conclusiones

Las situaciones de emergencia generan una superabundancia de reglas, de cualquier naturaleza y de todo tipo de jerarquía, que, esforzadas por aclarar un panorama excepcional e innegable, desvían generalmente la atención del jurista en su tarea habitual de interpretación y argumentación de las mismas, para alcanzar su aplicación a los casos puntuales y específicos. Esta realidad exponencial vuelve difícil comprender si la teoría de la emergencia puede ubicarse dentro o fuera del ordenamiento jurídico, por cuanto *la lógica de la emergencia es inversamente proporcional a la lógica del Estado de derecho*<sup>[62]</sup>. El Estado de derecho tiene como fundamento tanto la limitación como la racionalización del poder, mientras que la teorías de la emergencia persiguen determinadas finalidades que justifican todo medio o método empleado para tal fin<sup>[63]</sup>. En este sentido, como ya hemos opinado, ubicamos a la emergencia dentro del derecho y, por ende, esperamos soluciones frente a ella desde el derecho y no fuera de él.

La cuestión se agudiza en el ejercicio de la función notarial, porque a la hora de efectivizar la propia actuación en el marco de la dación de fe, el escribano debe necesariamente contar con algún tipo de respaldo normativo que sirva para justificar la puesta en práctica de la instrumentación. ¿Dónde encontrar ese respaldo normativo? Si asumimos que en el mundo del derecho, las normas son las leyes, son las reglas y también los principios es allí donde pueden comenzar a buscarse las respuestas a los casos que inevitablemente se generen en la emergencia. La idea de *normatividad* comprende la "convivencia" de normas (reglas) y normas (principios)<sup>[64]</sup>.

Asistimos entonces a dos tipos de posibilidad de creación o elaboración notarial del derecho, que no son excluyentes y que, en todo caso, deben darse en conjunto. Dada la corporalidad y asumidas las virtudes del autor, se pueden entonces generar creaciones destinadas a justificar el contenido del documento, fundamentadas en la fuente legal, o también aquellas que nacen a la vida por vía de interpretación constitucional que el notario realiza para salvaguardar instrumentalmente un determinado derecho fundamental, que reconozca una tutela especial del derecho y particularmente por el Estado en tiempos de emergencia. En el pasado, se ha tutelado el desarrollo económico -hoy indudablemente elevado a derecho humano<sup>[65]</sup>-; en la actualidad las autoridades nacionales y mundiales están abocadas a tutelar la salud.

De manera que, en los tiempos presentes, y también para todos los tiempos en donde ocurran emergencias que requieran del auxilio de la función notarial, el panorama que se presenta para la elaboración notarial del derecho es doble, y fácilmente identificable:

1) La *interpretación jurídica* de las actuaciones especiales que se realicen de instituciones reflejadas en los códigos, en las leyes, en los decretos de necesidad de urgencia, en las decisiones administrativas, en las leyes locales y en todas otras disposiciones inferiores, siempre y cuando las mismas puedan reconocerse en un peldaño de la estructura del ordenamiento jurídico.

2) La *interpretación constitucional* y con ella, la argumentación del derecho, que en el caso que nos ocupa, el notario realice de las normas constitucionales aplicables al caso, que de alguna manera permitan salvaguardar en el propio texto documental, los derechos fundamentales de las personas que hayan requerido el trabajo notarial, permitiendo la actuación excepcional en el marco de una emergencia con aislamiento social, preventivo y obligatorio.

Para alcanzar ese objetivo, es necesario asumir que los derechos tienen jerarquía, y que es posible ponderarlos para poder justificar la protección de aquellos que necesariamente requieran de esa tutela específica en el marco del documento notarial. Alcanzar a sostener que la proporcionalidad es un criterio a seguir para la posible

realización de los derechos fundamentales es, en definitiva, reconocer que la única base para su aplicación es la propia CN[66]. La precisión de la *autenticidad interna* emergente del documento notarial se concreta únicamente a partir de la adecuada elección notarial de los principios que antes de la instrumentación, el notario pondera como esenciales. ¿Por qué una tarea de ponderación notarial es previa a la instrumentación? Porque es allí donde decide en realizar un acto y con él, en tutelar el derecho salvaguardado, en este caso, la salud. La optimización de la teoría de los principios y de la tutela notarial de cada valor comprometido antes de que los mismos sean definitivamente creados y volcados al instrumento es y será siempre esencial en su labor. Los principios, entendidos como normas que vienen a ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible de acuerdo a sus posibilidades fácticas y jurídicas, requieren de un análisis metodológico de proporcionalidad que, a su vez, comprenda a los tres sub-principios antes referidos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad estricta, que viene a regular los efectos con los principios que esgrimen un sentido contrario al ponderado[67].

De esa elección emergerá la fuerza de la publicidad cartular externa del documento, que es la que tendrá vocación exhibitoria para todo aquel que desee corroborar como es que se han ponderado los derechos fundamentales en juego al momento de su celebración.

### III. La función notarial[68]

Para abordar el tema que nos convoca, se propone en primer lugar, profundizar sobre los principios básicos del notariado de tipo latino y la naturaleza de la función notarial, con la tranquilidad de ocuparnos de un tema clásico sobre el que es necesario volver cada vez que, con el pretexto del avance tecnológico, se ponen en riesgo los pilares fundamentales, bases jurídicas y fibras más íntimas de la función notarial. Desde sus orígenes, el notario cumple un rol fundamental en el progreso de las sociedades, al ser una pieza esencial de equilibrio y un gran colaborador del desarrollo económico, especialmente al otorgar seguridad jurídica en los actos y contratos que se formalizan ante él. El correcto funcionamiento de los mercados exige un desarrollo eficaz de las relaciones jurídicas, por lo cual, la intervención de un operador del derecho en determinados momentos fundamentales en la vida de las personas, resulta definitivo al momento de optar por un modelo de crecimiento económico.

Asimismo, el notario cumple una labor primordial junto a los sectores más vulnerables de la población como, por ejemplo, interviene en el proceso de acceso a la vivienda de los sectores con menos recursos, en el asesoramiento y adecuación de la voluntad de los adultos mayores, en la garantía de intervención y participación de los niños, niñas y adolescentes en los actos y negocios jurídicos en los que intervengan, en el empoderamiento y no discriminación de las mujeres, etc. De esta forma, contribuye a garantizar la operatividad de los derechos humanos fundamentales de las personas más vulnerables con su labor de asesoría imparcial e información clara y eficaz para posibilitar la elección del instrumento jurídico que mejor se adapte a las necesidades de cada persona[69]. Asimismo, contribuye a conseguir la paz social a la que toda sociedad aspira, al intervenir en la etapa preparatoria contractual con el fin de prevenir y evitar el desarrollo de los conflictos, descongestionando la actividad jurisdiccional y cumpliendo con el deber impuesto de prevención del daño.

El desarrollo tecnológico ha sumado un nivel más al concepto de interseccionalidad que presentan los grupos más vulnerables de la sociedad. En la actualidad los conceptos de exclusión e inclusión comprenden también la posibilidad de acceso y uso de tecnologías y redes de información y comunicaciones. De esta forma, en la búsqueda de soluciones funcionales, el notariado se encuentra también, con el desafío del acceso desigual que tiene nuestra sociedad al uso y disfrute de la tecnología como herramienta facilitadora de la expresión, comunicación y contratación, y en ese escenario debe dar respuestas que también garanticen los derechos de estas personas, consideradas como vulnerables digitales.

La función notarial latina, es compleja y esta complejidad, se reconoce en la doctrina de manera prácticamente unánime. En la posición ecléctica[70], la más moderna doctrina reconoce en el notario la presencia y actuación de componentes públicos y privados. El escribano de registro no es propiamente un funcionario público, pero la importante misión a él encomendada desborda los marcos de una ubicación excluyente como profesional del derecho, y en esa medida las concepciones intermedias captan, con mayor adecuación la realidad y las características de sus funciones[71].

La función notarial en su rol publicístico, es el ejercicio de una función pública por un profesional del derecho. Es

el propio Estado, quien mediante un acto administrativo individual inviste con carácter *público* a una persona privada, convirtiéndolo de esa manera en un oficial público, aunque sin pasar a integrar el staff administrativo, desempeñar un rol jerárquico ni percibir retribución alguna de su parte. Cómo lo afirma Rodríguez Adrados, no es una *pura* función pública[72]. Se trata de poner de relieve ciertos aspectos fundamentales de la función pública que el notario ejerce, originados por la incidencia de su actuación profesional: función pública y función privada, que no aparecen yuxtapuestas, sino que la función privada del notario penetra en la función pública y la dota de una naturaleza especial, única e inescindible.

La fe pública que desarrolla el notario tiene una raíz subjetiva en su momento de destinatario, basada en la prístina y sólida confianza arraigada en la sociedad, sin la cual dejaría de ser verdadera fe para convertirse, pura y simplemente, en una imposición. La fe pública no es una creación arbitraria del legislador, sino la consagración legal de una realidad que los notarios han ido conquistando como depositarios de esa pública confianza y que tienen que seguir conquistando día a día.

La innovadora plataforma normativa que se ha suscitado sin cesar, desde que se sancionara la emergencia pública en materia sanitaria por Ley 27541, el establecimiento del aislamiento obligatorio para determinadas personas mediante DNU 260/2020[73] y posteriormente el aislamiento social, preventivo y obligatorio para el resto de la población por DNU 297/20[74], ha generado una disyuntiva interpretativa entre la función notarial y las profesiones liberales, sin omitir considerar que mediante DA 467/20 del Jefe de Gabinete de Ministros se había incorporado a la actividad notarial dentro del listado de actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia (art. 1), limitada exclusivamente a posibilitar el cumplimiento de las actividades que el Gobierno determinase como *esenciales*[75]. La Decisión Administrativa 622/20 del 23 de abril de 2020 exceptuó del aislamiento social, preventivo y obligatorio y de la prohibición de circular al ejercicio de profesiones liberales en las provincias de Entre Ríos, Jujuy, Misiones, Neuquén, Salta y San Juan -sujeto a la implementación de protocolos sanitarios-[76]. El Poder Ejecutivo Nacional mediante DNU 408/20[77] faculta a los gobiernos provinciales a decidir excepciones al aislamiento obligatorio (art. 3) que por el mismo Decreto se proroga hasta el 10 de mayo de 2020 (art. 1) y los Ejecutivos locales -en consonancia con la DA 622/20- han exceptuado del aislamiento social, preventivo y obligatorio, al ejercicio de profesiones liberales[78].

La dicotomía planteada no es tal, o no debe interpretarse bajo parámetros rígidos y aislados. La función notarial como se afirmara *ut supra*, es la confluencia de dos nutrientes que interactúan en forma inescindible. Indudablemente, en las novísimas disposiciones administrativas nacionales y locales, en el marco de una situación de emergencia extraordinaria donde priorizándose la salud pública impera la necesidad de rehacer las distintas actividades y economías regionales, se ha aludido a las profesionales liberales en general, sin que ello implique asignar esa naturaleza a la función fedante del escribano público. Cuando en estas reglamentaciones se asocia la actividad notarial con las profesiones liberales, sin lugar a hesitaciones está referenciándose a aquel funcionario que no forma parte de la estructura administrativa del Estado, que no depende jerárquicamente del Poder Ejecutivo, sino que el servicio -público- se presta de manera autónoma e independiente por un profesional del derecho, aunque siempre sujeto a las prescripciones dispuestas en la legislación orgánica de la demarcación. Ese profesional, aunque no integre la administración pública y se visualice erróneamente como profesional liberal, no es una *pura* profesión liberal porque transcurrida la celebración de las audiencias preliminares (seguridad jurídica sustancial), ese profesional traspasará el umbral que lo caracteriza e ingresará inevitable y automáticamente en su función pública para poder satisfacer el real objeto de sus requerimientos. Mientras ese profesional del derecho no se desenvuelva ejerciendo la investidura oficial, su actuación carecerá de fe pública.

Ese profesional, como escribano público, debe ejercer su función en el Registro Notarial que el Estado le asignó, dentro de la competencia territorial preestablecida, ajustar su actuación a la competencia material que le corresponde, emplear como soporte documental los folios de protocolo habilitados al efecto y conservarlos en su poder por el término que cada legislación prevé para depositarlos oportunamente en el archivo de protocolos notariales, etc. La tarea social y vinculada de manera directa con la población, lo convierte en el nexo entre el Estado y la ciudadanía. Es el notario quien se mueve en la esfera de los hechos y quien capta las inevitables mutaciones de la realidad, sus variaciones y evolución.

Ese *profesional liberal*, al que podrán referenciar las distintas reglamentaciones dictadas durante la emergencia, pero en el ejercicio de la *función pública*, será el generador de aquellos títulos portantes de fe pública con eficacia

privilegiada, que se solicitan tanto en época de pandemia como fuera de ella.

En este marco de ideas, la actividad notarial está construida y desarrollada sobre el concepto de unidad en razón de su contenido complejo. Por ello, son inescindibles las tareas profesionales y documentales, lo que le otorga a la función notarial toda esta particularidad esencialmente distinta a las dos calidades que confluyen en su composición: la actividad profesional y la fedante<sup>[79]</sup>. La función notarial es primariamente documental, es decir, tiene como fin la creación del instrumento público y en especial la escritura pública. Pero, en esta tarea creadora, alrededor de un instrumento notarial concreto, y para su mayor perfección y eficacia, el notario desarrolla una serie de actuaciones, un protocolo de gestión técnico jurídico o un conjunto de actos de adecuación facultativa que pueden ser preliminares, coetáneos o posteriores a la autorización del instrumento público, que se condensan en lo que se denomina en doctrina como "iter-notarial". En este proceso técnico jurídico, el notario recibe la voluntad de los requirentes, traduce los hechos al derecho, califica el requerimiento formulado ajustando la voluntad del requerimiento a la legalidad y le da forma jurídica instrumental. El art. 301, CCC, en materia de escrituras públicas establece que escribano debe recibir por sí mismo, las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes, debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. En los Fundamentos del Anteproyecto de CCC, con relación a los requisitos de validez del instrumento público, y en referencia al art. 301 mencionado, se estableció "(...) También se agrega la frase "debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente" por los siguientes motivos: (i) la intervención de agentes públicos en general y la de escribanos en particular, ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de los actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia; (...) (iv) todo ello demuestra que la esencia de la función notarial, no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima transcendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones".

La autenticidad o certeza legal que la fe pública imprime al documento notarial sería gravemente dañosa para el interés general y para la paz social, si el documento creado por el notario pudiera estar viciado en su sustancia por el incumplimiento de los actos técnicos jurídicos primarios que construyen y constituyen el instrumento notarial, ya que provocaría una falsa apariencia de seguridad y una equivocada certeza probatoria en franca contradicción con uno de los principios fundamentales de la configuración latina, que es la reducción de la conflictividad jurídico social. En este sentido, el instrumento público así creado, deficiente en cuanto a su procedimiento, goza de autenticidad aparente y provoca equívocas expectativas sociales de seguridad jurídica.

La esencia de la función notarial, se cristaliza en los hechos, a través del cumplimiento de los principios notariales o bases fundamentales que configuran una garantía del correcto ejercicio de la función notarial. El desapego del notariado a los principios notariales, o su relectura o interpretación laxa e irreflexiva, lleva necesariamente a la desnaturalización de la función y de su esencia y conducirá indefectiblemente al perjuicio de la seguridad jurídica y de la paz. Cuanto más se aleja el notariado del cumplimiento de los principios, más se desnaturaliza la función y se perjudica a la sociedad y la justicia social.

### III.a. El principio de intermediación

Dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino, la **intermediación** guarda su lugar máspreciado y su relectura desde el siglo XXI a la luz de las nuevas tecnologías requiere y exige una gran responsabilidad en su configuración, y una uniformidad de criterios jurídicos a nivel mundial, en su aplicación reconfigurada. En virtud de este principio, que se encuentra plasmado en el código de fondo en el art. 301, CCC y en la normativa de cada una de las 24 jurisdicciones locales de nuestro sistema federal, el notario tiene la obligación de recibir por sí la voluntad de las personas. Recibir por sí o este conocer por sí, que establece la norma de fondo, tiene como fin último un sentido filosófico, ya que nos demuestra cual es la posibilidad de un verdadero conocimiento que tiene el escribano del objeto. En este sentido, ese conocimiento hasta la fecha, solo se puede obtener por la percepción real de los hechos o de las cosas. El conocer por sí, es conocer a través de sus sentidos. La realidad percibida mediante soporte audiovisual no es realidad o conocimiento por sí, sino que es una representación digitalizada de actos y hechos que supuestamente suceden en el mundo real. Entonces, hasta tanto no exista una reforma o adecuación de la ley, que permita la relectura del principio de intermediación, la única forma que

tiene el notario de conocer los hechos y las cosas que pasan o suceden en su presencia, es a través de sus sentidos por contacto físico y directo que tiene con ellas. Este principio debe ser respetado tanto en el instrumento público por excelencia, que es la escritura pública, como en todo documento creado y autorizado por el notario. En esta vinculación directa que el notario tiene con sus requirentes con el fin de traducir sus voluntades de hecho al derecho, el notario legitima su intervención, juzga respecto de su capacidad, y crea el documento notarial en su consecuencia. Si el notario no cumple con este precepto, por ejemplo, mediante la audiencia notarial tomada por sus dependientes o mediante la certificación notarial remota por canales no seguros, puede incurrir en falsedad ideológica, por cuanto el notario no podrá certificar el cumplimiento de ninguno de los protocolos técnicos jurídicos que venimos analizando. Finalmente, la ruptura del principio de intermediación, importa la pérdida de eficacia probatoria del art. 296, CCC, porque la sola presencia del notario no configura el documento notarial, sino el conjunto de procesos y principios que culminan en la elaboración y autorización del documento notarial válido y eficaz.

En esta necesaria intermediación con las personas, el notario evalúa conforme su pericia y real saber y entender, que ellas están en condiciones de otorgar un acto jurídico que sea válido y eficaz. Para que el acto jurídico sea válido y eficaz, el sujeto debe otorgarlo con discernimiento, intención y libertad. En este aspecto a través del contacto directo, el notario analiza la madurez intelectual para razonar, comprender y valorar el acto y sus consecuencias, la correspondencia entre lo querido y lo actuado, la posibilidad de actuar sin coacción exterior y de elegir que tiene cada una de las personas que requieren su servicio, con especial atención que le merecen los grupos más vulnerables, como los niños, niñas y adolescentes, inmigrantes, y adultos mayores, entre otros. Estas percepciones, que son base de las operaciones de ejercicio, sólo puede hacerlas el notario de manera regular si tiene al requirente presencialmente ante sus sentidos.

El desarrollo de las tecnologías como herramientas del notariado, en materia de intermediación, necesitará crear un ambiente informático seguro donde se deberán establecer procesos técnicos jurídicos para la recepción del consentimiento de los requirentes, su identificación y la legitimación de su intervención. Es impensado el otorgamiento de un acto o la realización de un hecho sobre el que el notario deba dar autenticidad sin ese nexo infalible entre el canal informático o virtual y el notario. Sin ello, pierde valor la intervención notarial, se corta la extensión de la percepción sensorial física que la técnica informática pretende suplir o complementar. Es altamente necesario e imprescindible dotar de seguridad jurídica informática a este complemento en la intermediación notarial. Resaltamos que la velocidad comercial global sumada a esta pandemia como marco de la renovación en las contrataciones, deben ir acompañadas de una intervención notarial tradicional en su esencia pero adaptada a este nuevo escenario. El notariado está preparado para poder hacer frente a estos desafíos, pero la tecnología debe además buscar y proveer el canal certero que le otorgue al notario las herramientas seguras que le han de permitir intervenir en el acto que sea necesario de la forma más fehaciente e irrefutable posible. Ante el avance de la tecnología, incrementado por la necesidad económica en época de pandemia, sin lugar a dudas son los principios éticos notariales los deben marcar el rumbo del notariado en este Siglo XXI, pues cada vez será mayor la necesidad que habrá de no apartarse de ellos para no perder los fines y la esencia del notariado latino[80].

La misión del notariado es mantener su firme compromiso con la justicia y con la equidad. No se podrá sostener este compromiso, si desde el mismo notariado, invocando causas carentes de solidez, se intente modificar los protocolos técnicos jurídicos históricos y tradicionales. La experiencia de otros notariados que ha sabido reconocer la necesidad del respeto y el mantenimiento de los principios del notariado latino en el desarrollo de plataformas tecnológicas deben ser tomadas como ejemplo para seguir evolucionando sin perder nuestras bases y acompañando el desarrollo de la sociedad que demanda tanto el avance tecnológico como la garantía de protección de los grupos más vulnerables. En este camino, la UINL creó en el 2011 la Comisión de Derechos Humanos, que tiene las siguientes obligaciones: a) Fomentar el desarrollo y la promoción de la imagen del "notario-garante de los derechos de la persona humana". b) Recordar a los notarios que en su función notarial tienen por misión la prevención de conflictos y la defensa del equilibrio contractual, consecuencia ineludible del acto notarial. c) Hacer respetar los derechos de la persona humana, por ser relevantes del derecho contractual en relación con el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y d) Fomentar la creación de legislación y reglamentación tendiente a la prevención de litigios y dificultades contractuales.

El notario se encuentra comprometido como garante de los derechos humanos, anteponiendo el respeto a la

dignidad humana desde el inicio de la vida hasta la muerte, la libertad contractual, la libertad de la persona, el ejercicio de la autonomía y el desarrollo de la libre personalidad en el proyecto de vida diseñado por cada individuo durante el trayecto de su existencia. Este es el desafío del notario de la nueva era, compatibilizar el desarrollo tecnológico con la defensa y el respeto de los derechos humanos fundamentales, todo ello con el fin último de ser el garante de la seguridad jurídica.

### III.b. La justificación de la identidad

La justificación de identidad de los comparecientes en una escritura pública, tal como establece la actual redacción del artículo 306 del CCC, puede realizarse de dos maneras diferentes: a) Mediante la exhibición de un documento idóneo, caso en el que el notario deberá individualizar al citado documento y agregar al protocolo una reproducción certificada de sus partes pertinentes; o b) Por la afirmación del conocimiento personal que el notario efectuó respecto de la persona. Similar procedimiento debe realizarse cuando el notario intervenga en un acta, en virtud de la remisión general a los requisitos de las escrituras públicas que ordena el artículo 311 del mencionado Código, con la salvedad efectuada en el inciso c) de dicha norma respecto de aquellas personas, distintas que el requirente, con las que trate al momento de realizar las notificaciones o diligencias de la misma.

Por analogía, en virtud de lo establecido en el artículo 2 del citado Código y lo dispuesto por las normas locales que rigen la materia notarial, también se requiere la citada forma de justificación de identidad de aquellas personas que solicitan la intervención notarial requiriendo algunos de los tipos de certificados que los notarios pueden expedir cuando se trata de certificar las firmas o impresiones digitales en formularios o acreditar la existencia de los sujetos.

Vale destacar que, la actual exigencia de la justificación de identidad de los requirentes de los actos notariales no siempre fue de la manera en que hoy está regulada. Recordamos las normas establecidas en el Código Civil anterior, el cual en su artículo 1001 exigía al notario dar la fe de conocimiento de los otorgantes, con la posibilidad supletoria de acreditar la identidad de los mismos mediante una declaración de dos testigos de conocimiento del escribano que daban fe de la identidad del compareciente, de acuerdo a lo que establecía el artículo 1002; procedimiento que luego fue modificado por el dictado de la Ley 26140 el cual introdujo el correcto concepto de justificación de la identidad de los comparecientes, abandonando la arcaica "fe de conocer", de imposible cumplimiento.

Esta última norma legal modificó los artículos 1001 y 1002 del Código Civil y dispuso que dicha justificación debería realizarse, ya sea por conocimiento personal del escribano, por declaración de dos testigos de conocimiento de este, o por una tercera opción, antecedente del actual inciso a) del artículo 306 del Código Civil y Comercial, la cual era mediante la exhibición de un documento idóneo, y cuyo texto fue casi literalmente trasladado y copiado a la nueva ley civil que rige la materia.

Respecto de la calidad de documento idóneo, el notariado ha podido pronunciarse acerca del mismo, en reiteradas oportunidades. Así, Orelle<sup>[81]</sup> analizando la modificación legislativa establecida por la Ley 26140, sostuvo que el único documento idóneo a los fines de la justificación de la identidad de los requirentes notariales era el Documento Nacional de Identidad expedido en virtud de lo previsto en el artículo 11 de la Ley 17671, posición compartida por Armella<sup>[82]</sup>, la que concluyó que el notario solo podría aceptar otros documentos en el caso de extranjeros no residentes, tales como Pasaportes, Cédulas de Identidad de países limítrofes, etc. Cosola<sup>[83]</sup>, a su vez, expresó que el notario podría exigir, luego de la exhibición del pertinente documento de identidad, documentación complementaria a los fines que este pueda alcanzar el convencimiento real que la norma exige.

Siendo la identificación de las personas una prioridad para el Estado, fueron dictándose asimismo normas que dispusieron la obligatoriedad del uso de los Documentos Nacionales de Identidad en formato tarjeta y la supresión de los confeccionados de manera manual, los que solamente fueron permitidos para acreditar la identidad de las personas que hubiesen cumplido la edad de 75 años al 31 de Diciembre de 2014 y para los incapaces declarados judicialmente, tal como lo establece el artículo 2 de la Resolución 3020/2014 de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, lo que ha generado que casi la totalidad de la población de la República Argentina cuente a la fecha con este tipo de Documentos.

Recientemente, ha sido dictado por el Poder Ejecutivo Nacional el Decreto 744/2019 por el cual se autorizó a la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, y como adicional al Documento Nacional de Identidad en formato tarjeta, la expedición de la credencial virtual del Documento Nacional de Identidad para dispositivos móviles inteligentes (*smartphones*), la cual consiste en la réplica exacta de los datos del Documento Nacional de Identidad-tarjeta.

Esta credencial virtual, la que debe contener un certificado encriptado y ser firmada digitalmente, posee pleno valor identificatorio en todos los actos públicos y privados, y será considerada a todos los efectos como el Documento Nacional de Identidad citado en la Ley 17671, tal como lo prevé el artículo 4 de dicho Decreto. En base a la normativa precedente, la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas dictó la Resolución 4308/2019 la cual estableció los requisitos técnicos y configuraciones de dicha credencial virtual del Documentos Nacional de Identidad, implementándose su emisión en la plataforma digital "Mi Argentina".

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, a través de su Instituto de Documentación Digital, tuvo oportunidad de expedirse respecto de la posibilidad de utilización de la credencial virtual a los fines de cumplimentar el requisito de exhibición de documento idóneo exigido en el artículo 306, inciso a) del CCC, habida cuenta de la equiparación entre este y el Documento Nacional de Identidad tarjeta, y la obligatoriedad para el notario de agregar al protocolo copia certificada de las partes pertinentes, y a estos efectos concluyo que se advertía *"un problema en cuanto a su operatividad, el cual radica en la imposibilidad de validación externa de la firma digital aplicada sobre la Credencial Digital, lo que impide garantizar si la credencial es auténtica y proviene de la plataforma "Mi Argentina", o si proviene de una aplicación creada intencionalmente al efecto de dar la apariencia de legitimidad de la misma, siendo íntegramente falsa"*.

Indudablemente, el notario al realizar cualquier acto notarial, debe actuar con la cautela y prudencia que su propia función le exige. Orelle<sup>[84]</sup>, explica acabadamente las dificultades propias de la identificación de las personas, concluyendo que solo mediante su ADN podríamos estar seguros de manera concluyente y sin dudar que determinada persona es efectivamente quien así lo manifiesta. Por otra parte, existen en la actualidad modelos de identificación biométrica ya desarrollados y que sin llegar al extremo de un análisis de ADN permiten también seguridades identificatorias, y no nos referimos únicamente a la huella dactilar, modelo clásico de identificación biométrica, sino a reconocimiento faciales, escaneo de iris u orejas o incluso del timbre de la voz, circunstancias todas estas impensables años atrás y reservadas únicamente al género de ficción.

Todos los adelantos tecnológicos de nuestros tiempos en el mundo científico, tarde o temprano, tendrán su impacto en el mundo del Derecho, a través del dictado de normas contenidas en las legislaciones civiles que reconozcan, una vez probadas la fiabilidad de las tecnologías, valor jurídico de certeza absoluta a las mismas.

Ha dicho el autor citado que, además, el notario debe tomar en consideración la naturaleza del acto, a los fines de llegar a la convicción de la identidad de la persona. Concordamos con esta afirmación, y puntualizamos expresamente que todo acto notarial, desde una escritura de venta hasta un acta de constatación pasando por una certificación de firmas en un formulario del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor, requieren del profesional la misma diligencia en cuanto a la identificación de los otorgantes o requirentes, en el marco del cumplimiento de las obligaciones legales impuestas. Por supuesto, haciendo la salvedad que el notario no puede convertirse en un investigador, ni tampoco es un perito en seguridad documental, por lo cual su actividad se reduce a actuar con la debida diligencia que cabe exigirle.

Seguramente, en un tiempo cercano, se podrá justificar directamente la identidad de las personas mediante la utilización de plataformas informáticas seguras que estén vinculadas directamente con la base de datos de la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, con posibilidad de validación confiable e instantánea, y que permitan además una descarga en los sistemas informáticos del notario a los fines de cumplir con las exigencias legales de agregar reproducción del mismo a la actuación protocolar.

Tal vez estas identificaciones se realicen no solo mediante la exhibición de un Documento de Identidad, sino que también se le incorporen datos de biometría para asegurar totalmente la imposibilidad de una suplantación de identidad. Atento la necesidad de su actuación, estas bases y plataformas debieran estar directa o

indirectamente gestionadas por el Notariado Argentino en su conjunto, con participación lógica estatal.

Nos parece interesante al respecto el estudio de los protocolos de seguridad que ha propuesto en fecha muy reciente la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento de la H. Cámara de Diputados de la Nación<sup>[85]</sup> al considerar el Proyecto de Resolución de la Comisión especial de Modernización Parlamentaria sobre el Protocolo de Funcionamiento Parlamentario Remoto - Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio - Coronavirus - COVID-19 que establece revisiones biométricas instantáneas validadas con la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas al momento de acreditar el quórum para sesionar y votar resoluciones, lo que demuestra la importancia del tema, y la necesidad de incorporar tecnologías seguras y confiables y que arrojen verdadera certeza, y no por medio de cualquier programa o plataforma existente en el mercado, de simple utilización pero también de fácil ataque por parte de terceros.

### III.c. Seguridad jurídica

#### III.c.1) Seguridad jurídica como principio constitucional

Si bien la seguridad jurídica no tuvo reflejo formal en el tenor constitucional argentino, el máximo intérprete de nuestra Carta Magna le ha asignado jerarquía constitucional<sup>[86]</sup>, a partir de una serie de principios como la legalidad<sup>[87]</sup>, propiedad<sup>[88]</sup>, irretroactividad de las leyes<sup>[89]</sup>, igualdad<sup>[90]</sup>, entre otros.

#### III.c.2) Seguridad jurídica preventiva

Para que la seguridad jurídica exista, tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva, es preciso contar con un Poder Judicial efectivo que vele por su cumplimiento, amparando los derechos de los ciudadanos en caso de verse conculcados, máxima garantía en un Estado de Derecho. Pero ese Estado, debe arbitrar los medios necesarios para prevenir en la medida de lo posible o facilitar su resolución, en caso de que surjan.

La verdadera seguridad a la que aspiran los ciudadanos es aquella que le permite desenvolver sus conductas y relaciones jurídicas en libertad, con respeto a la autonomía de su voluntad bajo el amparo de la ley, obteniendo la protección del ordenamiento jurídico, sin necesidad de la intervención de los jueces.

La seguridad jurídica preventiva o privada, ampara los derechos de los ciudadanos en la normalidad y certeza del derecho objetivo. La función notarial desempeña un rol protagónico en la aplicación de las normas, tendiente a conseguir su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico<sup>[91]</sup>. El notario habrá de amoldar las voluntades al encuadre normativo, cuidando los intereses de los distintos intervinientes, fundiéndolos en un armónico equilibrio, aún más allá de los intereses de quien requirió su servicio. De esta manera, su obra está destinada a evitar el desembarco en territorio jurisdiccional. No obstante, si finalmente se anclase a merced de Jueces y Tribunales, es la función judicial quien con su actuación desarrolla la última interpretación garante de la seguridad jurídica<sup>[92]</sup>, impartiendo justicia ante derechos subjetivos controvertidos<sup>[93]</sup>.

#### III.c.3) Seguridad jurídica y función notarial

Dotar de seguridad jurídica a las relaciones humanas y en particular a las transacciones, a partir de la legitimación que el notario recibe del Estado para ejercer la potestad de formalizar instrumentos referentes a actos y negocios jurídicos en forma pública, contribuye de manera decisiva a la inserción social de cada persona y a su progreso económico, como a la estabilidad y certeza de esa contratación documentada.

El escribano, como profesional del derecho ejerce su profesión sometido a un régimen específico de competencia no solo material sino también territorial, luego de haber accedido al ejercicio de la función acreditando una calificación jurídica suficiente y apta para brindar un asesoramiento adecuado e integral en relación al ordenamiento jurídico aplicable. Para los autores del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, la esencia de la función notarial es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*, donde la fe pública es el efecto de esas operaciones<sup>[94]</sup>.

Esa destacada calificación jurídica que caracteriza al notariado, en ejercicio de una función pública delegada por el Estado, traduce su arte en un instrumento público garante de la seguridad jurídica preventiva. Esa seguridad documental, se deriva de la eficacia del instrumento público, con eficacia sustantiva, probatoria y ejecutiva.

El escribano como oficial público, es autor de documentos públicos, además de agente de información y retención para el Estado. Ejerce su función en plena autonomía e independencia, no solo administrativa sino también económica; fiel a su convicción y formación, sujeto a un estricto control de su actuación (responsabilidad disciplinaria, penal, civil, tributaria).

3.1) *Seguridad jurídica formal.* El sistema estructurado por nuestro ordenamiento jurídico está basado en fuertes presunciones: presunción de legalidad, autenticidad de forma, integridad del contenido de los instrumentos públicos, en particular de los notariales, que perdurará hasta ser desvirtuado por resolución judicial (conf. arts. 296, 312, CCC).

Ese instrumento público de autoría notarial (art. 289, CCC) representa la seguridad jurídica documental o formal derivada de la autenticidad de aquellos hechos cumplidos por el propio oficial público o que han pasado en su presencia; conforme *infra* se analizará, diferenciándose según el compartimento que obre contenido en la forma pública.

3.2) *Seguridad jurídica sustancial.* Ese resultado formal, es la consecuencia de una seguridad previa, sustancial, desplegada durante el ejercicio de aquellas operaciones preliminares, sin las cuales jamás se lograría arribar a la seguridad jurídica documental.

La atención personalizada e imparcial del notario, calificada técnica y jurídicamente, nutrida de esenciales principios éticos<sup>[95]</sup>, garantiza la libre exteriorización de la voluntad del solicitante, informada de manera directa y privada en una audiencia personal llevada a cabo de la manera tradicional (presencia física) o -cuando la ley así lo determine- mediante el empleo de plataformas seguras que garanticen la percepción y convicción de la identidad, como la autenticidad de la transmisión. En el ámbito de actuación del notariado impera un reconocimiento y un respeto a las libertades individuales, en las que confluyen la libertad contractual, de asociación, patrimonial familiar, etc.; como también el derecho a la igualdad, asumiendo aquí un rol dinámico que amerita brindar el oportuno e imparcial asesoramiento a cada interviniente a fin de lograr la real comprensión del alcance de los intereses y consecuencias del acto para cada uno de los otorgantes. El resultado de las denominadas operaciones de ejercicio en las que el notario habrá de comprender la voluntad y aspiraciones del requirente del servicio, calificándolas, controlando su legalidad, probándole el ropaje jurídico adecuado para consecuentemente revestirlo de la forma pública o privada correcta para el cumplimiento de esos fines lícitos, implica en su conjunto revestir esa audiencia preliminar notarial dentro de la seguridad jurídica sustancial o previa<sup>[96]</sup>.

El ciudadano común tiene la certeza que habrá de recibir del notario un consejo profesional, jurídico e imparcial, ajustado a su voluntad, configurándose un negocio válido y eficaz y un instrumento formalmente inobjetable, adecuado al ordenamiento jurídico, eliminándose de esa manera potenciales controversias y qué en caso de surgir un conflicto, facilitará y agilizará su resolución.

#### III.c.4) Seguridad jurídica formal y la fe pública

La fe pública que ampara estos documentos, se sustenta esencialmente en la actividad preliminar desarrollada por el escribano, pilar de la seguridad jurídica que contiene la voluntad de los requirentes del servicio plasmada en un documento notarial que subsiste en forma autónoma.

Al ingresar en la escritura pública, género más destacado de los instrumentos públicos, se vislumbran nítidamente dos planos, el del instrumento y el del contenido. El primero puramente formal, que Núñez Lagos denominara plano del *instrumentum* -perteneciente al Derecho Notarial<sup>[97]</sup>- referido a la forma, unitario y unificador, contiene a su vez la dimensión acto y la dimensión papel, donde el notario narra los hechos que realiza o que percibe por sus sentidos, sea en su presencia o mediante los soportes tecnológicos que fueren

indubitables para reproducir la realidad.

En el soporte documental protocolar nutrido de elementos que caracterizan la seguridad y perdurabilidad de la matriz, se encuentra el plano del contenido o plano del *negotium* -perteneciente al derecho material o sustantivo conforme las enseñanzas del célebre maestro español- que es extraña al documento. Esa narración que realiza el notario *representa* el acto o negocio en tiempo presente y lo deja fijado para lo sucesivo. Es la ley quien determina que la exactitud material del relato notarial, que la fe pública elevará a exactitud formal documental, sea irreversible y que solo mediante resolución judicial que pronuncie la falsedad del acto, pueda destruirse ese efecto[98].

### III.c.5) Fases de la fe pública

Esa fe pública que privilegia este tipo de documentos, se conforma por cuatro fases, sin la existencia de las cuales no se lograría constituir un instrumento público, fehaciente, cierto, exacto[99]. Una inicial de *evidencia*, donde el autor debe ser un oficial público y *ver* el hecho ajeno o narrar uno propio. No hay aquí acto alguno de fe, sino de puro conocimiento directo del cual emanará un acto de fe para el destinatario del documento. El notario recibe el acto, el destinatario no recibe el acto, sino solo la fe.

Una fase de *solemnidad* en la que será la ley la que determine el rigor formal necesario para atribuir fe pública a un acto que previamente no la tiene o no la tendría sin la intervención del oficial público. Una fase de *objetivación*, en la que el hecho percibido se convierte en una cosa corporal -dimensión papel-. Una última fase que requiere que las tres anteriores se produzcan en simultáneo, denominada fase de *coetaneidad*. La unidad de acto demanda que concurren la evidencia, la ceremonia del acto solemne y su conversión en papel (protocolo notarial). La confluencia de estas cuatro fases obedece a facultades regladas, no discrecionales. Esto se traduce en el valor probatorio que conlleva este tipo de documentos públicos, los cuales tienen por virtud re-presentar (volver a presentar) los hechos y actos acontecidos en el pasado en tiempos futuros. Es la etapa final en la que participa el resto de la sociedad. Secuencial y temporalmente podríamos sintetizarlo en una etapa inicial en la que se suceden los hechos (pasado); un presente, en el que el oficial público los narra con exactitud e integridad en el soporte formal preestablecido por ley; y un futuro, que es el momento del destinatario, quien al interpretar el contenido auténtico obrante en el documento público puede revivir los hechos allí contenidos.

### III.c.6) Hechos auténticos, autenticados y su valor probatorio

No todas las partes, elementos o declaraciones obrantes en una escritura pública pueden considerarse auténticos, sino solo aquellos realizados por el notario o ajenos que han pasado ante la percepción de sus sentidos[100] en el ejercicio de sus funciones. Pelosi -siguiendo a autores clásicos como Núñez Lagos o Rodríguez Adrados- estructuraba las declaraciones externas o de las partes contenidas en un documento notarial en dos clases principales, las de voluntad y las de ciencia o verdad[101]. Las declaraciones de verdad o ciencia son hechos pretéritos relatados por el compareciente (los hechos presentes los relata el notario), que pueden tener por destinatario al mismo notario -afirmaciones- o a la otra parte -aseveraciones-; manifestaciones estas que conllevan principio de prueba por escrito[102]. Las declaraciones de voluntad contienen un querer interno y un hecho externo que la exterioriza y que lo hace objeto de la autenticación notarial. Pero ese querer interno puede no coincidir con el hecho externo autenticado; insinceridad que escapa a la fe notarial. La fe pública, en el texto documental, se circunscribe a que la persona compareció, que manifestó, que otorgó (firmó) el acto, todo lo cual es un hecho auténtico y eventualmente cuando fuere discordante con la realidad, será pasible de la impugnación por falsedad. El *contenido* de lo declarado (hecho autenticado) escapa a la fe notarial y su falta de sinceridad será objeto de simulación. De allí que el contenido del acto público pueda ser simulado sin que el acto público como tal sea falso. El instrumento público notarial prueba contra terceros de la materialidad y lo dispositivo del acto y de las enunciaciones que le son directamente relativas. Unas, los *hechos auténticos*, son verdades impuestas que deben ser creídas hasta la querrela de falsedad (conf. art. 296 inc. a del Código Civil y Comercial). Otras, el resto del contenido, como declaraciones sobre convenciones o enunciaciones, son *verdades supuestas* que admiten prueba en contrario, son presunciones *iuris tantum* (conf. inc. b del art. 296 Código cit.)[103].

Los hechos autenticados, poseen valor testimonial a los efectos de la impugnación. Auténtico es el hecho de

haberse efectuado una manifestación y accesoriamente queda autenticado su contenido en conexión de simultaneidad con la comparecencia y otorgamiento del acto realizado en presencia del oficial publico notarial.

### III.c.7) El documento notarial, su valor probatorio, legitimador y ejecutivo

El documento notarial como tal, constituye un *medio de prueba legal y plena*. Plena porque hace prueba por sí mismo judicial y extrajudicialmente, sin necesidad de verificación alguna. Legal, porque el valor probatorio del documento notarial está consagrado y reconocido expresamente en el Código Civil y Comercial. Eficacia privilegiada que como afirma Fernández Egea "no tiene otra razón de ser que la confianza que a lo largo de los siglos la sociedad ha ido depositando en el Notario y en los documentos que elabora"<sup>[104]</sup>. Además del escindible y significativo valor probatorio del contenido obrante en la escritura pública, esta forma instrumental suele imponerse por la ley o por la voluntad de las partes como forma de ser de determinados actos, como sucede por ejemplo para las donaciones de cosas inmuebles, cosas muebles registrables y prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552, CCC). En este caso la escritura pública, se determina como *forma constitutiva*, como requisito de existencia para la validez y eficacia del acto; mientras que la forma de valer no hace a la existencia sino a su valoración.

7.1) Eficacia legitimadora: El documento notarial conlleva eficacia legitimadora en el tráfico jurídico, al acreditar la existencia de titularidades y la autenticidad de las declaraciones de voluntad plasmadas en él. El más acabado ejemplo es la escritura pública de apoderamiento en la que la seguridad jurídica que proporciona la intervención notarial alcanza sus más altas cotas.

Sin lugar a hesitaciones, esta herramienta documental, probatoria y legitimadora fue a la que acudió recientemente el Gobierno Nacional mediante el dictado de la Decisión Administrativa 467/20<sup>[105]</sup> del Jefe de Gabinete de Ministros por la que se requirió el servicio notarial en su faz pública para evitar el traslado o circulación de personas vulnerables para el cobro de ciertos beneficios (art. 2), garantizándose la identidad de los comparecientes, la libre determinación para el otorgamiento del respectivo acto, la forma instrumental adecuada (poder notarial o certificación notarial de firmas en formularios o instrumentos privados) y la certeza en la autoría de los otorgantes.

7.2) Eficacia ejecutiva. La escritura pública lleva aparejada eficacia ejecutiva por sí misma, sin necesidad de ningún documento complementario, reconocimiento, verificación u homologación judicial previa al proceso ejecutorio. Así lo determinan los diversos códigos procedimentales de cada demarcación (por ej. art. 520, CPCCN). Los códigos rituales especifican en primer término que trae aparejada ejecución el instrumento público presentado en forma (inc. 1, art. 523, CPCCN), mientras que a continuación se aclara que también es título ejecutivo el instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o "cuya firma estuviese certificada por escribano con intervención del obligado y registrada la certificación en protocolo" (inc. 2, art. 523, CPCCN).

Es menester mencionar que la particularidad que esgrime el inciso 2 del art. 523 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -disposición que se ha replicado en los códigos procedimentales locales-, no es casual ni meramente formal. Refiere a la certeza de quien es el autor de un instrumento privado, equiparando aquella firma que es reconocida ante la autoridad judicial con la realizada ante escribano público, pero no en cualquier contexto ni circunstancia, sino en la forma que prescribe la ley para la certificación de firmas en cada demarcación. Llámese, mediante su facción protocolar (por ej. art. 105, inc. a de la Ley G-4193 para la Provincia de Río Negro) o mediante el empleo de libros de requerimientos para la certificación de firmas o impresiones digitales (por ej. art. 171 inc. 4, Dec. ley 9020 para la Provincia de Buenos Aires<sup>[106]</sup>). La Ley 404 para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se pronuncia expresamente por un procedimiento determinado para la certificación de firmas, limitándose a atribuir al Colegio de Escribanos la potestad de reglamentar el procedimiento a aplicar para la certificación de firmas y los documentos a utilizar para formalizar los requerimientos, aunque sí aclara que "las firmas o impresiones digitales han sido puestas en presencia del notario autorizante" (art. 98, primer párrafo *in fine*)<sup>[107]</sup>. Cualquier otra forma que no se ajuste a las prescripciones orgánicas notariales, no habrá de cumplir con esta exigencia legal y no será título ejecutivo.

### III.d. La clasificación de los documentos notariales

El documento notarial es una especie de instrumento público que es autorizado por notario, en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley. Asimismo, el XIV Congreso Internacional del Notariado Latino (Guatemala, 1977) lo definió como *"todo escrito que goza de autenticidad corporal, autenticidad de autoría, de fecha y de ideología, y además presenta la característica de su incorporación al protocolo, lo que asegura su preservación y la posibilidad de su eventual reproducción"*. Dentro de las clasificaciones doctrinarias más importantes podemos señalar la que los distingue en cuanto al contenido del documento notarial, en escrituras públicas y actas. En ambos casos, el objeto del acto jurídico notarial es la declaración de lo percibido por los sentidos. Pero, en el acta, el notario es mero espectador de un hecho ya ocurrido que es descrito por él en el texto del documento, mientras que en la escritura el notario es creador, es decir desarrolla una labor configurante, dando fe del otorgamiento de un acto jurídico unilateral que implique constituir, modificar o extinguir derechos subjetivos patrimoniales o atribuir facultades de representación, o de un acto jurídico bilateral. Esta clasificación primigenia fue receptada por la legislación de fondo en los arts. 300, 305, 310 y 311 del CCC.

Otra de las clasificaciones primarias del documento notarial es la que los distingue por su facción protocolar, es decir los documentos que son extendidos en las hojas o sellos que constituyen el protocolo originario y por incorporación; y extraprotocolar, que son los documentos creados fuera del protocolo, que se entregan en original y que se denominan certificados.

#### III.d.1) La escritura pública

El art. 299 del CCC la define como *"el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz"*. Es el documento notarial protagonista y principal de la labor notarial y representa la culminación documentada del proceso técnico jurídico notarial que desarrollamos.

#### III.d.2) Las actas notariales

El art. 310 del CCC establece que las actas son documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos, y el art. 311 remite la aplicación de los requisitos de las escrituras públicas (arts. 299 y siguientes) con las modificaciones establecidas por el art. 311, CCC. El art. 312, CCC afirma el carácter comprobatorio de las actas, distinguiéndolas de la naturaleza negocial de las escrituras. Tiene valor jurídico de certeza lo que el escribano exprese que vio o pasó ante él; y ese mismo alcance, de simple hecho, tienen las declaraciones o juicios que los interpelados expresen. Si se efectuaran declaraciones de contenido negocial, todo se transforma y nos encontramos frente a una escritura<sup>[108]</sup>. Con el desarrollo de las tecnologías y las diferentes demandas sociales, observamos como cada vez son más frecuentes los requerimientos de constatación de documentos electrónicos, como páginas web o grabaciones, videos o conversaciones por whatsapp. En estos casos, el cumplimiento y desarrollo de las operaciones de ejercicio por parte del notario son exactamente las mismas que en el caso de constatación de hechos sucedidos en el mundo analógico. Lo esencial de este tipo de documentos, radica en la autenticidad que el notario le imprime al procedimiento de acceso a un contenido específico en internet y su resultado. Por ello, debemos diferenciar fundamentalmente, el valor probatorio que tiene el acta notarial como instrumento público, por cuanto hace plena fe del proceso desarrollado por el notario para acceder al documento electrónico y su resultado (art. 296, CCC), de la apreciación judicial de dicho documento electrónico como prueba en el ámbito de un proceso (art. 319, CCC).

En relación a todos los documentos protocolares, el cambio de soporte papel al formato digital dependerá de su expreso reconocimiento legislativo acompañado de un avance tecnológico, que respete todos y cada uno de los principios que hacen a la esencia de la función notarial. En este sentido, transcribimos por su claridad las conclusiones del 28 Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en París, 2016, en donde, en el Tema II, "La escritura pública electrónica y la digitalización de los procedimientos: retos técnicos y jurídicos" se recomendó a las cámaras nacionales y consejos nacionales de los notariados miembros de la UINL lo siguiente: *"1. En el ámbito de la UINL se observan en la actualidad tres posibles formas de autorización y archivo de las*

*escrituras públicas: a. Soporte en papel y firma manuscrita. b. Soporte electrónico con firma de los otorgantes por firma electrónica simple o cualificada y firma del notario cualificada. c. Soporte electrónico con firma de los otorgantes en tablilla electrónica y encriptación mediante la firma electrónica cualificada del notario. 2. En todo caso, la actuación presencial del notario es esencial en cualquiera de las tres modalidades para desarrollar plenamente el procedimiento de autenticación del documento (identificación de las partes, juicio de capacidad, calificación de las facultades representativas, información del consentimiento, depuración de vicios del consentimiento, control de la legalidad material o de fondo, control de licencias y autorizaciones administrativas, prevención del blanqueo de capitales, recogida y comunicación de datos a efectos fiscales, catastrales, urbanísticos, de política de vivienda y ocupación de suelo, de protección de la agricultura, de protección del medio ambiente, de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de carácter público o privado, etc.) y la dación de fe de su contenido. 3. Se recomienda que para la redacción de las escrituras matrices se utilicen aquellos soportes que fomenten la presencia física del notario y los otorgantes como son el soporte papel y el soporte electrónico por el procedimiento de firma sobre tablilla y encriptación mediante la firma electrónica del notario. 4. Se recomienda, además, en la línea apuntada por la Asamblea de los Notariados miembros de la UINL celebrada en Budapest el 10 de octubre de 2014, rechazar todos los sistemas de otorgamiento y autorización que no comporten intermediación del notario en el lugar y momento de la celebración del negocio. 5. Se recomienda adicionalmente que en los países en que se opta por el soporte papel, se forme otro archivo o protocolo en soporte electrónico que sea reflejo de aquel y facilite la expedición de copias, la remisión de datos parametrizados, la consulta y, en su caso, la verificación de la vigencia del documento mediante la técnica del Código Seguro de Verificación, CSV".*

Finalmente, no se debe perder de vista que, el cambio del soporte del documento, esto es, pasar del papel al formato digital, no implica resignar ninguno de los requisitos ni elementos esenciales que hacen al documento público notarial.

### III.d.3) Los certificados

La palabra certificado, deriva del verbo "certificar" que significa hacer cierto. El certificado es creado intencionalmente por su autor para demostrar la existencia de determinada cosa o de determinados hechos, por ello es creado deliberadamente para pre constituir la prueba. Cuando el certificado emana de un escribano público, su contenido, en virtud de lo analizado sobre el principio de intermediación, adquiere fe pública originaria o de primer grado por los actos de vista respecto de hechos, personas y cosas que desarrolla el notario. Para Larraud<sup>[109]</sup>, el certificado consiste en un instrumento expedido por escribano público, para el tráfico jurídico, en el que el agente asegura bajo su fe y de manera sintética la verdad de un hecho. Hay certificados llamados de legitimación de firmas, que se refieren a la afirmación por el escribano de haber sido puesta la firma al pie de un documento suscripto en su presencia y que la suscripción es auténtica, es decir, de autor conocido por el agente. También existen certificados de documentos que se utilizan para que circulen en el tráfico jurídico a los efectos que acreditar la existencia del original y facilitar el ejercicio de los derechos a que se refieren, como son las certificaciones de copias de documentos originales. Y por último existen los certificados que se utilizan para afirmar de manera sintética la existencia de personas, cosas, hechos y situaciones jurídicas percibidos sensorialmente por el notario. En estos últimos y en los de certificación de documentos, no es necesaria la comparecencia del requirente ni de su firma, ya que el documento notarial extraprotocolar se autosatisface con una manifestación del notario que emite luego de la percepción sensorial de determinado acto o hecho. En esta categoría de documento notarial, no existirá verdadera función notarial, si en la confección del certificado no se cumplen con los procesos técnicos jurídicos que venimos exponiendo y no se cumple con la intermediación como principio fundamental del notariado de tipo latino, circunstancia que se ve impedida por la utilización de plataformas digitales que rompen el nexo causal entre la percepción sensorial del notario y el hecho, acto o documento que se pretende certificar, eliminando en consecuencia su eficacia probatoria en los términos del art. 296, CCC.

Por ejemplo, en el Reglamento sobre "Certificados Notariales Remotos" del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, se plantea la posibilidad de elaborar certificados notariales (en los términos de los artículos 96<sup>[110]</sup> a 103 del Capítulo II de la Ley Orgánica Notarial 404 de aplicación exclusiva por los notarios con competencia territorial de la Ciudad de Buenos Aires) en base a un requerimiento en forma digital o remota por cualquier plataforma de videoconferencia, WhatsApp, o videollamada, mediante la utilización de herramientas

tecnológicas que aseguren la identificación del requirente, para certificar el hecho de signar ológrafamente un documento. Aclara la reglamentación que el certificado notarial no reemplaza en su eficacia a la certificación notarial de las firmas, pudiendo tener el valor probatorio que le confiere el art. 314, 1er párrafo del CCC. De las referencias citadas se deduce fácilmente que esta actividad notarial realizada remotamente por medio de la utilización de herramientas tecnológicas pretende arrojar como resultado la expedición de un "certificado" que puede ser confeccionado "digitalmente" o en soporte papel y que carece de la plena eficacia de la que goza todo documento notarial en cualquiera de sus expresiones (escritura pública, escritura - acta de comprobación, certificaciones de firmas, notas marginales) para cumplir con la finalidad que se propone, que es la de probar la firma en un instrumento privado.

Analizando el procedimiento descrito en la reglamentación local citada, en la certificación remota de una videoconferencia en donde el requirente solicita al notario que certifique el hecho de signar ológrafamente una seña o una oferta de compraventa, sin perjuicio de la referencia inmediata al acta de constatación protocolar que esto nos evoca, una vez que el requirente envía el documento signado al notario por alguna vía electrónica, el notario autoriza el certificado con su firma digital y lo envía al requirente, este deberá ligar el instrumento privado que mantuvo en su poder al certificado notarial que el notario le ha remitido. Como resultado de este procedimiento existirán tres clases de documentos, cuya sumatoria no habrá modificado su valor probatorio originario de ninguno de ellos:

- a. Un instrumento privado en poder del requirente (firmado ológrafamente) cuyo valor probatorio, luego de la intervención notarial permanece inmutable, ya que dependerá del reconocimiento de la firma estampada conforme el art. 314, CCC.
- b. Un instrumento particular consistente en el instrumento signado digitalizado (que se supone idéntico al original) y enviado por el requirente por whatsapp al escribano para "certificar" cuyo valor probatorio deberá ser apreciado por el juez en los términos del art. 319, CCC, es decir que solo será un indicio de la firma estampada por el requirente.
- c. Un documento notarial que, en esencia, al no cumplir con los protocolos técnicos jurídicos en su configuración, no tendrá el valor probatorio de todo instrumento público en los términos del art. 296, CCC, porque fue confeccionado en un ambiente inseguro que no le permitió al escribano cumplir con el principio de intermediación del art. 301, CCC, ni con la identificación del requirente en los términos del art. 306, CCC, ni con la percepción sensorial de los hechos reales que son presupuestos de la dación de fe, ya que lo que se pretende certificar en definitiva, no es un hecho, sino un acto jurídico de otorgamiento, imposible de autenticar de forma remota, con el procedimiento detallado en el estado actual de nuestra legislación.

En definitiva, hay coexistencia de tres tipos de instrumentos, privado, particular y público. Ninguno de ellos mutará su calidad por quedar vinculados ni insuflará su calidad a otro. La pregunta que se impone es ¿cuál es la finalidad de esta confección documental? Entendemos que ninguna. Si la propia resolución dice que esta facción documental no sustituye la certificación de la firma (art. 314, segundo párrafo del CCC) y que se realiza "*pudiendo tener el valor probatorio que le confiere el art. 314, 1er párrafo del CCCN*" que ordena: "*Reconocimiento de la firma. Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio*". Entonces el instrumento privado no deja de ser tal por más que coexista con el "certificado notarial remoto". La firma obrante en él debe ser reconocida por aquel a quien se le opone para que el mismo instrumento privado adquiera valor probatorio. La firma puede no constarles a sus herederos. Y de la misma forma que la firma puede probarse por cualquier medio, puede impugnarse por cualquier medio. La pregunta que sigue es ¿cuál es la finalidad del certificado notarial remoto para el caso de que una persona humana firme un instrumento privado y ese accionar sea comprobado remotamente por un notario si no vale como certificación notarial de la firma ni como prueba a priori de la autenticidad? Entendemos que ninguna. El peligro que implica esta apariencia documental en el tráfico negocial se agrava si le adicionamos que la resolución reglamenta una facción que no cumple con los principios de identificación del requirente en los términos del artículo 306, inc. a), CCC, ni de intermediación para la adverbación sensorial de la existencia de hechos del art. 96 de la Ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El certificado notarial (*no remoto*) es un documento notarial que contiene atestaciones del notario que tienen por objeto afirmar de manera sintética la existencia de personas, documentos, cosas, hechos y situaciones jurídicas, percibidos sensorialmente por él. (art. 96 de la Ley 404). No tiene la calidad de una escritura pública, ni de una escritura - acta de comprobación de hechos, ni de una certificación de firmas. Su utilización en el tráfico negocial es de escaso desarrollo y por lo general se destina a atestar la existencia, por ejemplo, de personas jurídicas a partir de la calificación notarial de los títulos habilitantes originales.

El certificado notarial *remoto*, por su parte, en su actual facción digital o en soporte papel, confeccionado a partir de un procedimiento remoto por medios tecnológicos no seguros (como ser una videoconferencia) no alcanza valor probatorio pleno. Este procedimiento de adveración notarial remota incumple los principales valores de la dación de fe (percepción sensorial, vulnerabilidad del medio tecnológico, insuficiente identificación del requirente, falta de intermediación con la suscripción en presencia del notario, etc.). El certificado notarial remoto, (*tenga que ver o no con la suscripción de un instrumento privado*) crea una apariencia de documento notarial al cual se le puede atribuir en el tráfico negocial una eficacia de la que carece desde su propio origen. Esta, que es la consecuencia más disvaliosa que ostenta, so pretexto de brindar una solución documental en tiempo del aislamiento social, preventivo y obligatorio, pronto redundará en conflictividad justiciable.

El certificado notarial remoto será, en todo caso, un medio más de prueba, que sucumbirá frente a una pericia caligráfica. Es que el instrumento privado así firmado no es más que eso, aunque se le adicione el mismo instrumento privado escaneado (que es un instrumento particular) y un certificado notarial remoto, que además se autorizó incumpliendo todos los recaudos exigidos para la confección de los instrumentos públicos (art. 289, inc. b) del CCC). La apariencia documental que acarrea provoca consecuencias altamente dañosas en el tráfico negocial desde que el portador de tal certificado puede entender equivocadamente que tiene un valor probatorio y una eficacia de los cuales carece.

Por todo ello, hasta que no se reforme la legislación de fondo o se desarrolle y elabore de forma uniforme por todo el notariado Argentino, la reinterpretación del concepto de intermediación, a la luz de los avances tecnológicos, y se cuente con una plataforma y ambiente seguro para el notario y el requirente, con especial referencia a la transferencia de sus datos personales, que más adelante se desarrollará, este tipo de documentos notariales no cumple con los requisitos de forma y de fondo para ser tales.

#### **IV. La contratación entre ausentes<sup>[111]</sup>**

##### **IV.a. Introducción**

El contexto actual de aislamiento obligatorio ha acelerado un profundo cambio en el paradigma de la contratación contemporánea. Si bien el fenómeno de los contratos celebrados a distancia ya era una realidad en franca expansión<sup>[112]</sup>, la inminencia de los cambios de comportamiento provocados<sup>[113]</sup>, nos obliga a acentuar la mirada en estas modalidades de contratación, que se han convertido, en este contexto, en uno de los principales medios para contratar, cuando no, en la gran mayoría de ocasiones, en las únicas.

El denominador común es el distanciamiento entre las personas, y se traslada al ámbito contractual, inevitablemente. De allí que sea necesario repasar los conceptos que regulan la formación del consentimiento en su actual regulación y sus efectos, según las diferentes modalidades de contratación.

##### **IV.a.1) La contratación entre presentes y entre ausentes - Importancia de su distinción**

Para iniciar el estudio de los contratos a distancia, debemos diferenciar los conceptos de contratos celebrados entre presentes y entre ausentes. Estas categorías ya habían sido tratadas en nuestro Código Civil derogado, y encontraban antecedentes más remotos en el derecho extranjero. La actual regulación no ha perdido su antigua esencia, aun cuando las circunstancias de la distinción son muy diferentes a las actuales. En ese sentido, mientras originariamente la diferencia radicaba en la noción de distancia espacial, esa característica fue perdiendo su trascendencia, hasta quedar desplazada totalmente por el concepto de tiempo, como criterio de diferenciación<sup>[114]</sup>. Es que, así como antes de los actuales avances tecnológicos, la ausencia estaba

intrínsecamente relacionada con la distancia, hoy en día, este dilema ha sido ampliamente superado, desde que la tecnología de la comunicación trasvasó los límites y las relaciones antiguamente inquebrantables, entre tiempo y espacio[115]. De este modo, como bien reflexiona Morea, "podemos, pues, concluir que la noción técnico-jurídica de persona presente o de persona ausente, a los efectos de la formación del consentimiento, no es física o territorial, sino temporal. Persona presente es la que se encuentra en aptitud de dar una respuesta inmediata, aun cuando se encuentre a distancia de su interlocutor"[116].

A partir de estas nociones previas, será la inmediatez en el tiempo, en definitiva, la que determinará cuando el contrato se celebra entre presentes por efecto de la inmediatez en las manifestaciones[117], o bien cuando sea entre ausentes, por la verificación de un lapso temporal que separe las manifestaciones de las partes contratantes en la formación del consentimiento. De allí que el art. 980, CCC, dispone que la aceptación perfecciona el contrato, entre presentes "cuando es manifestada". No podría ser de otra manera, ya que en el mismo momento que esto ocurre, el receptor se informa de la misma.

Ahora bien, cuando enfocamos el análisis en el contrato que se celebra entre ausentes, nos encontramos inevitablemente con hitos cronológicos demarcados que van desde la manifestación del emisor hasta la información del receptor, de modo que no podemos ubicar en un único punto en el tiempo, los diferentes eventos trascendentes en esa comunicación, para producir efectos jurídicos. Pueden distinguirse en esa dinámica comunicacional, de acuerdo al vasto desarrollo doctrinario en esta materia[118], cuatro momentos relevantes: la declaración o manifestación del emisor, el envío de esa manifestación al receptor, su recepción por el destinatario, y finalmente, la información sobre su contenido por parte de éste último. Estos cuatro puntos o hitos temporales, han permitido a los diferentes doctrinarios, establecer variadas doctrinas corrientes de opinión sobre la formación del consentimiento en los contratos entre ausentes, para cada una de ellas[119].

Nuestro actual Código Civil y Comercial se ha enrolado en la teoría de la recepción. Según esta, el punto temporal en el que se perfecciona el contrato, se consolida en el momento en que el oferente recibe la aceptación (conf. arts. 971 y 980, inc. b, CCC). El mismo criterio ha adoptado para determinar el momento a partir del cual la oferta genera los efectos vinculantes obligatorios consagrados en el art. 974, CCC, y es la recepción de la manifestación de la voluntad el momento a partir del cual se despliegan los efectos relacionados con la retractación de la oferta y de la aceptación, y la caducidad de la primera por fallecimiento o incapacidad de las partes.

Por lo tanto, habrá que concluir que la teoría de la recepción, aplicará indefectiblemente como solución o respuesta para cada contrato que se celebre entre ausentes, y en ese sentido, bastará determinar, de acuerdo a las modalidades más usuales de la actualidad, en qué momento preciso ocurre esa situación.

#### IV.a.2) El consentimiento como elemento esencial de los contratos

El consentimiento constituye uno de los elementos esenciales de todo contrato. Su carácter de esencial aparece hoy consagrado en el art. 957, CCC, en la definición del contrato, cuando refiere que, para la celebración de ese acto jurídico, las partes "manifiestan su consentimiento". A su vez, el mismo ordenamiento dedica especialmente el Cap. II, del Tít. I sobre la regulación general del contrato, a la formación del consentimiento. En este capítulo, el art. 971, CCC, expresamente define que "los contratos se concluyen con la recepción de la aceptación de una oferta o por una conducta de las partes que sea suficiente para demostrar la existencia de un acuerdo". Para clarificar debidamente este concepto, debemos recurrir al art. 979, CCC, que aclara que para que el contrato se concluya, se considerará como modo de aceptación válido a "toda declaración o acto del destinatario que revela conformidad con la oferta". De este modo se infiere que el consentimiento puede darse de modo expreso o tácito. Será el primero, cuando para ello, la manifestación de voluntad sea emitida de modo verbal, escrito o por signos inequívocos. En cambio, será tácito, cuando la conducta de cada uno de los contratantes importe un acto que deba interpretarse inequívocamente como de conformidad con el contrato celebrado. El silencio, señalado en la segunda parte del art. 979, CCC, constituirá también un modo tácito de prestar el consentimiento, "cuando existe el deber de expedirse".

La regulación sobre el consentimiento, se completa con las normas particulares dispuestas para los contratos de consumo (arts. 1096 a 1103, CCC y arts. 7 y 8, Ley 24240), y las correspondientes a los contratos celebrados por

adhesión (arts. 984 a 989, CCC).

Será necesario entonces, para comprender acabadamente la relevancia del consentimiento, definir los requisitos y efectos que se señalan como manifestaciones de la voluntad necesarias para ello. Es decir, la oferta y la aceptación.

#### IV.a.3) La oferta

El art. 972, CCC, define a la oferta como una "manifestación de voluntad dirigida a persona determinada o determinable, con la intención de obligarse y con las precisiones necesarias para establecer los efectos que debe producir en caso de ser aceptada". Según este concepto y como lo ha señalado la doctrina<sup>[120]</sup>, debe reunir como requisitos:

- Que verse sobre un contrato determinado. Cumple tal exigencia, si pueden identificarse en esa manifestación los elementos esenciales del contrato, claramente señalados. Se agrega a esto el carácter de completitud, esbozado en el artículo citado, cuando refiere a las precisiones necesarias para establecer los efectos, una vez aceptada.
- Que sea dirigida a persona determinada o determinable. La manifestación de voluntad tiene carácter recepticio, por lo cual debe ser destinada a una o más personas que la propia manifestación debe determinar en su identidad o bien demarcar los requisitos o mecanismos para su determinación. Esta característica la distingue de la invitación a ofertar, regulada en el art. 973, CCC, la cual en principio no genera vínculo obligatorio alguno. Sin embargo, la invitación a ofertar quedará equiparada en el efecto obligatorio con la oferta, cuando de sus términos surja ese carácter, o bien cuando el contrato sea de consumo (art. 7, Ley 24240).
- Que tenga intención de obligarse. Surge del art. 974, CCC, y resulta coherente con el criterio general que impera para todos los actos jurídicos (conf. art. 260, CCC)<sup>[121]</sup>.

De lo antedicho se desprende que, a diferencia de la regulación que emanaba de su antecesor derogado, el actual Código ha consagrado el carácter obligatorio de la oferta. Esta característica resulta ser una regla general que sin embargo reconoce excepciones que el mismo ordenamiento señala, cuando el carácter obligatorio de la oferta no puede inferirse por las circunstancias en que fue emitida, por la naturaleza del acto o por haberse reservado el oferente la facultad de revocarla en cualquier momento (conf. art. 974, CCC). El carácter obligatorio de la oferta y la adhesión a la teoría de la recepción como sistema adoptado por el CCC, justifican así el momento a partir del cual las manifestaciones de voluntad formativas del consentimiento producen sus respectivos efectos, y fundamentan la dinámica regulatoria de la retractación de la oferta y de la caducidad.

**3.1- *Retractación de la oferta.*** La retractación torna ineficaz a la oferta. En la contratación entre ausentes, como ya señalamos, es necesario que se despliegue materialmente un lapso temporal que discurra entre la manifestación de la voluntad y su recepción por el destinatario. En ese intervalo, el oferente tiene derecho a retractarse. La noción de "retractación" está necesariamente vinculada al efecto obligatorio de la oferta, ya que la oferta obliga al oferente a mantener su vigencia solo desde que ésta es recibida por el destinatario. De allí que el art. 975, CCC, dispone que la oferta puede ser retractada si esa manifestación es recibida antes o conjuntamente con la oferta, por el destinatario. Dicho de otro modo, si la oferta ya ha llegado al destinatario, ha generado el efecto obligatorio dispuesto en el art. 974, CCC, por lo que cualquier manifestación posterior en sentido contrario, en principio, no tendrá virtualidad, por su extemporaneidad.

La situación regulada reconoce una sola excepción, y consiste en la posibilidad de que el oferente, en la misma manifestación en la que emite la oferta, se hubiera reservado el derecho a revocar la oferta en cualquier momento. Esta facultad está consagrada en el art. 974, CCC, cuando expresa que la oferta obliga "a no ser que lo contrario resulte de sus términos". Si así ocurriera entonces, la recepción de la oferta por el destinatario no impedirá que posteriormente el oferente revoque la oferta. En este orden de ideas, si bien el efecto extintivo es el mismo, puede distinguirse claramente el concepto de "revocación" señalado, que puede ejercerse luego de la recepción de la oferta y el de "retractación" propiamente dicha, que tiene su ámbito temporal de eficacia hasta tanto no haya sido recibida la oferta<sup>[122]</sup>.

3.2- *Caducidad*. El art. 976, CCC, regula supuestos taxativos a partir de los cuales la oferta se torna ineficaz. No obstante, puede hablarse de caducidad también, aunque no como una modalidad anormal, sino natural de la oferta, cuando ésta expira por vencimiento del plazo de vigencia expresamente incorporado, o cuando ya hubiere transcurrido el plazo necesario para que el aceptante la acepte utilizando los medios usuales a tal efecto. A su vez, en los contratos entre presentes, la inmediatez que caracteriza a esa modalidad, hará que la oferta caduque si no es aceptada inmediatamente después de haber sido transmitida, salvo que el oferente expresamente otorgue al destinatario un plazo para su aceptación.

Retomando los supuestos que regula el art. 976, CCC, la caducidad se verifica cuando cualquiera de las partes -oferente o aceptante- se incapacita o fallece antes de que la aceptación hubiera llegado al oferente. Nuevamente aquí cobra relevancia la aplicación de la teoría de la recepción. Por lo tanto, la caducidad de la oferta en estos supuestos operará si el hecho previsto como causal acontece antes de que se perfeccione el contrato. Esta norma analizada resulta de carácter imperativo, por lo que el oferente no podría disponer un efecto diferente al que emana de su regla. Finalmente, la caducidad operará, claro está, de pleno derecho.

#### IV.a.4) La aceptación

Perfeccionamiento del contrato entre ausentes. Puede caracterizarse a la aceptación como la manifestación de voluntad del aceptante, que debe ser "de plena conformidad" (conf. art. 978, CCC). Por lo tanto, será pura y simple<sup>[123]</sup>, relacionada con la oferta, y en términos afirmativos sobre la propuesta precedente. Si no cumpliera esta caracterización, el contrato no se perfeccionará, ya que, si es negativa, frustrará toda posibilidad de acuerdo; a la vez que, si contiene alguna modificación a la propuesta inicial, la misma será considerada como una nueva oferta (art. 978, *in fine*, CCC).

La aceptación, al igual de lo señalado para la oferta, también puede ser retractada. Para que ello ocurra, la retractación de la aceptación debe ser recibida por el oferente antes que esta o simultáneamente (art. 981, CCC). El sistema confirma la aplicación de la teoría de la recepción, que determina la eficacia y las consecuencias de todas las manifestaciones de las partes en torno al posible perfeccionamiento del contrato. A su vez, no podemos sostener respecto de la aceptación, lo que señalábamos sobre la revocación como concepto diferenciado para la oferta, ya que la recepción de la aceptación, perfeccionará el contrato, y a partir de entonces sus efectos se desplegarán definitivamente, siendo en todo caso, el acto jurídico, pasible de ser alcanzado por cualquiera de las otras causales de extinción reguladas para los contratos (arts. 1076 y ss., CCC), con la excepción de lo que ocurre en los contratos de consumo celebrados a distancia (art. 1110 y ss., CCC). Con relación a la caducidad, la situación queda sumida en la regulación de la oferta, ya que bastará con considerar caduca la oferta en los términos del art. 976, CCC, para entender como ineficaz la aceptación posterior.

#### IV.a.5) Interpretación sobre la recepción

Finalmente, el art. 983, CCC, incorpora una norma de las calificadas por la doctrina como "interpretativas", ya que establece las pautas que deben considerarse como "recepción de la manifestación de voluntad". Al respecto, si bien la doctrina no es uniforme sobre su alcance<sup>[124]</sup>, coincidimos con quienes sostienen que esta norma complementa la coherencia del resto del articulado que consagra la aplicación de la teoría de la recepción para la determinación de los efectos jurídicos de las manifestaciones de las partes<sup>[125]</sup>.

Así, el artículo señalado, establece una regla de interpretación amplia, tanto desde el punto de vista subjetivo, como desde su perfil objetivo, cuando refiere a que el destinatario "la conoce o debió conocerla", así como que podrá tratarse de "comunicación verbal, de recepción en su domicilio de un instrumento pertinente, o de otro modo útil"<sup>[126]</sup>. Estas precisiones serán trascendentes para determinar el perfeccionamiento del contrato, según las diferentes modalidades que a continuación analizaremos, en el marco de la contratación celebrada a distancia, y más precisamente entre ausentes, y deberá ser correctamente aplicada según la naturaleza y mecanismo por el cual se habilita en cada caso los medios para posibilitar la manifestación de la voluntad para perfeccionar el contrato.

#### IV.a.6) La contratación en tiempos de aislamiento

Señalaremos en base a las características y efectos en la contratación entre presentes y entre ausentes, qué modalidades deben entenderse celebradas de acuerdo a cada clase según estos parámetros, para así distinguir las particularidades que permitan identificar las problemáticas específicas sobre formación del consentimiento en cada una de estas variables.

6.1- *Supuestos de contratos celebrados entre presentes.* Podemos encontrar como propios de esta modalidad, además del ejemplo típico de contratación presencial, a los contratos celebrados telefónicamente, a los celebrados por chat -aun cuando en este supuesto, esta categoría también puede ser entendida, según la dinámica en la que se desarrolle, como de contratación entre ausentes-, los celebrados por teleconferencia o video llamada y los celebrados por cualquier medio que garantice la inmediatez en la comunicación entre las partes. En estos casos no será necesario acudir a las pautas de formación del consentimiento entre ausentes, por lo cual no se aplicará la teoría de la recepción para precisar el momento de perfeccionamiento del contrato, ni indagar en sus posibles vicisitudes (retractación y caducidad).

6.2- *Supuestos de contratos celebrados entre ausentes.* En esta clasificación pueden enrolarse los celebrados por medios epistolares, por correo electrónico y los celebrados a partir de la utilización de plataformas virtuales en general<sup>[127]</sup> (aunque aquí deben considerarse situaciones especiales, que habilitarían a sostener que la contratación se perfecciona "entre presentes", relacionadas con las regulaciones particulares sobre contratos celebrados por adhesión y los contratos de consumo<sup>[128]</sup>, sobre todo en los supuestos en los que la invitación a ofertar caracterizada por las condiciones generales y particulares que se publican, habilitan al interesado en ella a la posterior aceptación inmediata de sus términos, y se perfecciona así el contrato -conf. art. 7, Ley 24240-).

En la contratación entre ausentes aquí estudiados, como ya se ha señalado, resultará indispensable además determinar si el hecho jurídico de la recepción, en su amplia acepción según los criterios dispuestos en el art. 983 CCC, se ha producido, para entender como perfeccionado el contrato, o bien si ha habido retractación de cualquiera de las manifestaciones y la caducidad de la oferta.

#### IV.a.7) Forma y prueba

Finalmente, corresponderá señalar cual es el tratamiento sobre la forma y la prueba que se imponen en estos mecanismos de contratación. Para ello recordaremos brevemente algunos conceptos que resultarán esenciales para esta labor. Los contratos están alcanzados por el principio de la libertad de formas, con la excepción de los supuestos en los cuales la Ley determine una forma impuesta (conf. arts. 284, 285, 969 y 1017, CCC) en general, y las normas especiales para determinados contratos (arts. 1552, 1618, CCC, entre otros). Cuando son celebrados a distancia, no escapan a esta regulación. Por otra parte, la forma, en su acepción amplia, debe entenderse como la modalidad por la cual se exterioriza la voluntad. De allí que pueda ser verbal, escrita o exteriorizada por signos inequívocos, y también lo es cuando se manifiesta de modo tácito. Sin embargo, cuando hablamos de actos formales, lo hacemos en relación a los supuestos antes aludidos, en los que la norma impone una forma determinada para la eficacia o prueba del acto.

En la contratación a distancia en general, más allá de los supuestos en los cuales impera la forma impuesta como directriz, será siempre sumamente útil asegurar documentalmente la prueba de la existencia del acuerdo y su contenido, para la prueba. La forma escrita será recomendable para ello, no limitándose la misma a la que se vuelca sobre el papel o medios similares, sino incluyendo en sentido amplio la que "puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos" (art. 286, CCC)<sup>[129]</sup>.

En ese sentido, se agregará a esta recomendación, la exigencia de la firma, a fin de calificar como instrumentos privados o públicos (conf. art. 287, CCC). A partir de ello, la firma, según se desprende del art. 288, CCC, puede consistir en la grafía<sup>[130]</sup> que introduce su autor en el instrumento escrito, al colocar su nombre o signo, o bien tratarse de una firma digital, considerada como aquella que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. Esta regulación se completa por lo normado en la Ley 25506, de Firma Digital, que en su art. 2, la define como el "resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su exclusivo control". En

consecuencia, de los ejemplos analizados sobre contratación a distancia, sean entre presentes o entre ausentes, podremos afirmar que:

- Los contratos celebrados entre presentes aquí señalados, por carecer de firma, no cumplen este requisito instrumental cuando son celebrados telefónicamente, o por chat, teleconferencia o video llamada, si bien se entenderán celebrados válidamente cuando gozan por sus caracteres particulares del principio de libertad de formas. En consecuencia, no podrán considerarse como celebrados por escrito. En tales casos, los medios utilizados podrán servir como prueba en sentido amplio[131], o bien ser considerados como indiciarios[132] para la formación del criterio valorativo judicial, pero nunca acreditarán la autoría por sí mismos, salvo por confesión de parte.

- A su vez, los contratos entre ausentes perfeccionados por medios epistolares, por correo electrónico y los celebrados a partir de la utilización de plataformas virtuales en general, podrán alcanzar la categoría instrumental aludida, si el soporte en el que consten puede garantizar su inalterabilidad y son firmados material o digitalmente[133]. En tales supuestos, si la firma es reconocida, la prueba instrumental en sede judicial será plena, ya que estaremos frente a la presencia de un instrumento privado. Además, si eventualmente hubiera intervenido un notario para la certificación de la firma inserta, se requerirá para discutir judicialmente su autoría, la redargución de falsedad del acta notarial correspondiente.

Entendemos en este último caso, por ello, que la certificación notarial de firma cumple un rol fundamental y resulta trascendente para la actividad probatoria. Así, en los primeros casos señalados de contratación entre presentes y a distancia, no podrá afirmarse la posibilidad de que se certifique firma alguna, como ocurre en los segundos, ya que la ausencia de instrumento privado resultará evidente. Podrá el notario, en todo caso, constatar por rogatoria de parte, la actividad que ocurre en su presencia, pero ello no implicará equiparar esa actividad con la de dar fe por la firma, propiamente dicha, que se inserta en el instrumento.

Lo mismo ocurrirá, si eventualmente se pretendiera certificar notarialmente las firmas de instrumentos a la distancia, en contratos que aun siendo entre presentes por una noción de inmediatez temporal, encontrará tanto a las partes como al notario, en diferentes espacios que impidan su reunión. En ese caso, la función fedataria alcanzará solamente para dar fe pública de la percepción de haber tenido a la vista la proyección virtual de la inserción de las firmas en cada documento suscripto a la distancia. Por lo tanto, no alcanzará para sostener indubitablemente la presunción de su autoría frente a quien niegue su autenticidad, cuya cualidad solo se consigue a partir de la constatación de la firma que el notario puede realizar no solo en el mismo tiempo sino también en presencia material de los firmantes. Dicho de otro modo, para discutir la autenticidad de firmas en este último supuesto, no será necesario redargüir de falsedad el acta notarial, ya que la constatación obrante solo alcanzará para dar fe sobre las circunstancias verificadas virtualmente por el notario en ese acto, pero no respecto de las firmas en sí, ya que estas no fueron, en definitiva, insertas en presencia del notario, sino a la distancia.

## **V. Reglas sobre publicidad engañosa y competencia desleal aplicables al certificado notarial remoto[134]**

Uno de los aspectos controvertidos que presenta el certificado notarial remoto que se examina en este trabajo lo constituye la publicidad que diversas escribanías y empresas han comenzado a realizar promocionando las hipotéticas ventajas de ese certificado notarial remoto y su supuesta equivalencia con la tradicional certificación notarial de firmas.

Estas promociones podrían llegar a ser consideradas un acto de competencia desleal y un supuesto de publicidad engañosa prohibidos por las normas vigentes, según lo que expondré a continuación.

### **V.a. Nociones básicas sobre publicidad**

Zavala Rodríguez desarrolló como pocos en el medio nacional cuáles son los conceptos de publicidad en general y de publicidad comercial en especial. Sin embargo, aclara que "no es sencillo dar una definición exacta de la publicidad comercial" y que "numerosos conceptos se han enunciado y a todos se les puede formular reparos u objeciones"[135].

Una definición apropiada de las que enumera el autor citado es la siguiente: "La publicidad es el conjunto de métodos y de procedimientos por los cuales se ejerce una acción premeditada sobre un público definido con el fin de atraerlo o conservar la clientela"[\[136\]](#).

Por su parte, una acepción moderna de publicidad surge del art. 2, inc. a), de la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (D.O.U.E. 27/12/2006), que la define como "toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones"[\[137\]](#).

V.b. Las normas que regulan la publicidad

V.b.1) Introducción

La publicidad de bienes y servicios en nuestro país se encuentra regida por normas específicas que son generalmente desconocidas por el profesional del derecho y por el público en general.

Esas reglas se encuentran insertas en numerosas normas jurídicas de diverso alcance y contenido. Cito a título de ejemplo, ya que las reglas en cuestión son muy numerosas: el art. 10, Ley 23187 de Ejercicio de la Abogacía (B.O. 28/06/1985), establece que "queda expresamente prohibido a los abogados: [...] e) Publicar avisos que induzcan a engaño u ofrecer ventajas que resulten violatorias de las leyes en vigor, o que atenten contra la ética profesional"; el art. 10 de la Ley 17132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración (B.O. 31/01/1967) dispone que "los anuncios o publicidad en relación con las profesiones y actividades regladas por la presente ley, las personas que las ejerzan o los establecimientos en que se realicen, deberán ajustarse a lo que la reglamentación establezca para cada profesión o actividad auxiliar. [...] En ningún caso podrán anunciarse precios de consulta, ventajas económicas o gratuita de servicios, exceptuándose a las entidades de bien público. [...]"; el art. 222 de la Ley 18284 que aprueba el Código Alimentario Nacional (B.O. 28/07/1969) dispone que "queda prohibida la rotulación y publicidad de los productos contemplados en el presente Código cuando desde el punto de vista sanitario-bromatológico las mismas sean capaces de suscitar error, engaño o confusión en el consumidor"[\[138\]](#); el art. 26 de la Ley 26356 de Sistemas Turísticos de Tiempo Compartido (B.O. 25/03/2008), prescribe que "los emprendedores, administradores, vendedores, revendedores y redes de intercambio, deben suministrar, con certeza y objetividad, información veraz, eficaz y suficiente, las características de los bienes que integran el STTC y de las prestaciones que ofrecen, detallando el tipo y alcances de los derechos que se transmiten o constituyen, según sea la actividad de que se trate, y demás condiciones de comercialización".

V.b.2) Prohibición general de inducir a error o engaño

Las reglas específicas sobre publicidad se encuadran dentro del conjunto de normas que rigen la publicidad en general en el ordenamiento jurídico argentino.

La regulación de la publicidad adquirió un respaldo decisivo con la sanción de la Ley 22802 de Lealtad Comercial (B.O. 11/05/1983) que fue, hasta su vigencia, la norma cardinal que disciplinaba la publicidad en general de bienes y servicios en todo el territorio nacional y para todas las actividades.

La norma central en la materia era el art. 9 de la citada Ley 22802, que establecía: "Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

La disposición era omnicompreensiva de cualquier tipo de publicidad y comprendía bienes de toda índole, no solo productos alimenticios o perecederos. En su ámbito quedaban incluidos bienes de cualquier característica y tamaño, incluso inmuebles y servicios de cualquier naturaleza.

El nudo central de la norma se encuentra en la parte media de su texto cuando determina que la publicidad de cualquier tipo que fuera no puede contener inexactitudes que "puedan inducir a error, engaño o confusión" al destinatario del bien o servicio publicitado de que se trate.

Esta prohibición general de "inducir a error o confusión" constituye la clave todo el sistema que regula la publicidad y se reitera en numerosas normas nacionales o locales, cualquiera fuera el producto o servicio que estén regulando. Ejemplos de ello son, entre tantos otros, el art. 222, Ley 18284, ya transcrito, o, localmente, el art. 13., inc. 6, Ley 2340 de Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (B.O.C.B.A. 25/06/2007), que prohíbe al corredor inmobiliario "efectuar publicidad que pueda inducir a engaño a los interesados, o en la que se insinúen operaciones contrarias a la ley".

La doctrina explica que el género *publicidad engañosa* "constituye un supuesto en el cual el uso de informaciones inexactas pueden inducir a error" al destinatario, llevándolo a concretar actos que le generen perjuicios<sup>[139]</sup>. También se señala que, en el terreno de la publicidad engañosa, "hemos podido observar todos los matices: desde la simple alabanza o exageración tolerable, hasta el engaño, velado o franco, que causa perjuicios y que puede, incluso, configurar una verdadera defraudación"<sup>[140]</sup>.

A su vez, comentando el art. 9, Ley 22802, la doctrina especializada manifiesta que "lo definitorio de la noción transcripta es que se recurra a inexactitudes u ocultamientos con la finalidad de inducir a error, engañar o confundir. Teniendo en cuenta esto, podemos señalar que no se requiere que la inexactitud y el ocultamiento sean voluntarios. No importará tanto la intención sino la aptitud de la publicidad para producir error, engaño o confusión. [...] la violación al art. 9° de la Ley 22.802 quedará configurada, aunque el consumidor no incurra error o confusión ni sea engañado. Esto porque la disposición legal no requiere que se produzca este resultado. Simplemente bastará que la publicidad tenga aptitud para generarlo"<sup>[141]</sup>.

En similar orden de ideas, al examinar el art. 1101, inc. a), CCC, sobre publicidad engañosa, la doctrina afirma que se trata de aquella "que tiene la capacidad de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir, que puede direccionarse en creencias equivocadas sobre las bondades del producto, su calidad, prestaciones distintas a las ofrecidas o, en general, cualquier dato que de ser conocido hubiera motivado la no adquisición del bien o servicio"<sup>[142]</sup>.

En tiempos recientes, el régimen general de la Ley 22802 fue derogado por el art. 72, DNU 274/2019 de Lealtad Comercial (B.O. 22/04/2019), y sustituido por un sistema más ordenado y sistematizado respecto de la lealtad comercial y de la publicidad en general, que refuerza y profundiza las normas que contenía la Ley 22802, sin perjudicar su sustancia y finalidad.

El DNU 274/2019 es la norma central vigente que regula la publicidad de todos los bienes y servicios y a sus directivas deben someterse todas las publicidades que se emitan en el mercado, entre las cuales quedan comprendidas, desde ya, las vinculadas con el certificado notarial remoto examinado en uno de los tramos de este trabajo.

Resulta decisivo remarcar algunos aspectos centrales del DNU 274/2019 bajo examen, por su importancia en general y respecto de la cuestión del certificado notarial remoto en particular:

- Las normas del DNU son de *orden público*, como su art. 2 lo señala, por lo cual su cumplimiento no puede ser dejado sin efecto por los particulares (doct. arts. 12, 13, 279, 958, entre otros, CCC).
- Las disposiciones del DNU tienen por objeto asegurar la lealtad y transparencia en las relaciones comerciales y garantizar el acceso a información esencial sobre los productos y servicios comercializados en el país a través de canales físicos o digitales, en interés de todos los participantes del mercado (art. 1).
- El DNU define el *mercado* como el ámbito en el cual los oferentes y demandantes de un bien o servicio realizan una o más transacciones comerciales (art. 1).

- El DNU regula tanto las pautas a las cuales debe someterse toda publicidad que se emita en el territorio nacional (art. 11), como también prohíbe todo acto que implique competencia desleal (arts. 8 a 10).

En materia de competencia desleal, el DNU 274/2019 contiene varias disposiciones que quisiera resaltar.

El art. 4, DNU 274/2019, dispone que "los actos de competencia desleal prohibidos por este Título serán sancionados siempre que se realicen en el mercado y con fines competitivos", y agrega que "la finalidad competitiva del acto se presume cuando este resulte objetivamente idóneo para obtener, mantener o incrementar la posición competitiva en el mercado de quien lo realiza o de un tercero".

Las reglas que prohíben la competencia desleal se aplican a todas las personas humanas o jurídicas, de carácter público o privado, con o sin fines de lucro, que participen en el mercado (art. 5) y respecto de cualquier acto de competencia desleal realizado antes, durante o después de una operación comercial o contrato, se llegue este a celebrarse o no (art. 4, DNU 274/2019).

El art. 8, DNU 274/2019, prohíbe la realización de "los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten, el medio a través del cual se realicen y el mercado en el que tengan lugar". En su último párrafo, agrega que no resulta necesario acreditar la generación de un daño, ya que este puede ser actual o potencial.

El art. 10, DNU 274/2019, precisa algunos actos particulares que constituyen supuestos de competencia desleal. Entre los trece incisos del precepto, destaco especialmente el inc. a), por el cual se reputa acto de competencia desleal "inducir a error sobre la existencia o naturaleza, modo de fabricación o distribución, características principales, pureza, mezcla, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o compra, disponibilidad, resultados que pueden esperarse de su utilización y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que correspondan a los bienes y servicios".

Como se advierte, el art. 10 reitera nuevamente el concepto de "inducir a error" en el destinatario sobre diversas circunstancias y características de los bienes y servicios que se comercialicen, expresión utilizada en materia de publicidad engañosa, como fuera expuesto en los apartados anteriores.

Hace tiempo ya que la doctrina refería la vinculación posible entre competencia desleal y publicidad engañosa. Zavala Rodríguez fue explícito al respecto cuando afirmó que "también se incurre en *concurrentia desleal* cuando por medio de la publicidad se exagera, o se miente, o se busca la confusión de los productos"[\[143\]](#).

Entre los actos considerados como competencia desleal, resalto como especialmente aplicables al caso del certificado notarial remoto tratado en este trabajo, lo referido en el art. 10, inc. a), DNU 274/2019, respecto a los resultados que puedan esperarse de su utilización, sus atributos o beneficios, dado que, por la forma y expresiones publicitarias utilizadas por ciertas escribanías y empresas, ese acto constituye un supuesto que puede inducir a error en el ciudadano a quien va dirigida la publicidad.

También remarco como acto de competencia desleal aplicable al tema bajo análisis lo dispuesto en el inc. c) del art. 10, según el cual constituye un acto de esa tipología "valerse efectivamente de una ventaja significativa derivada de competir mediante el incumplimiento de normas legales".

En forma paralela a la regulación de la competencia desleal brevemente reseñada, el DNU 274/2019 proporciona pautas en materia de publicidad, como ya fuera dicho.

El art. 11, bajo el título "publicidad engañosa", dispone terminantemente que "queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

Como se advierte del cotejo entre el art. 11, DNU 274/2019, y su antecesor art. 9, Ley 22802, los textos de ambas disposiciones legales son idénticos, por lo cual el análisis realizado en relación con el art. 9, Ley 22802,

resulta aplicable y trasladable a lo previsto por su similar art. 11, DNU 274/2019.

#### V.c. Publicidad en general y Derecho del Consumidor

En forma paralela a las normas generales sobre publicidad y competencia desleal que he reseñado en los apartados anteriores, existen algunas reglas específicas en materia publicitaria que surgen de las normas que regulan en forma directa el Derecho del Consumidor, es decir, ese vasto y heterogéneo conjunto de disposiciones de diferente jerarquía normativa cuya finalidad esencial es proteger los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios en el mercado (art. 42, CN; Ley 24240 de Defensa del Consumidor; Ley 26993 de Sistema de Resolución de Conflictos en las Relaciones de Consumo; arts. 1092 a 1122, CCC; Decreto reglamentario 1798/1994; Resolución 53/2003 de la ex Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, entre tantas otras normas aplicables). Las leyes sobre lealtad comercial y defensa de la competencia integran ese derecho o estatuto del consumidor (art. 3, Ley 24240).

Esas normas protectorias del consumidor se aplican en tanto se verifique una relación de consumo, es decir, un vínculo jurídico entre un consumidor y un proveedor bienes y servicios (art. 3, Ley 24240, y art. 1092, CCC).

Las categorías de consumidor y proveedor de bienes y servicios constituyen categorías jurídicas definidas como tales en las leyes vigentes.

El art. 1, Ley 24240, y el 1092, CCC, califican al *consumidor* como la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. También se considera consumidor a quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

La figura del *proveedor* se caracteriza en el art. 2, Ley 24240, que la define como la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Sin embargo, la Ley 24240 excluye expresamente de su ámbito de aplicación a "los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento"[\[144\]](#).

Con independencia de si el notario es un profesional del derecho encargado de una función pública, un profesional liberal o si el escribano constituye una categoría de funcionario público, debate arduo que no examinaré para no alejarme del centro de mi análisis, lo concreto y aplicable al tema bajo estudio es que las normas sobre defensa del consumidor no resultan aplicables a la actividad notarial puesto que el escribano no constituye un proveedor en los términos definidos por el art. 2, Ley 24240, referido anteriormente.

Aunque existen voces que consideran que la exclusión del art. 2, Ley 24240, ha sido derogada por el art. 1093, CCC[\[145\]](#), que define qué se entiende por contrato de consumo y no exime de su ámbito a las profesiones liberales, considero equivocada esa postura puesto que el Anexo II de la Ley 26994, que aprobó el CCC (B.O. 08/10/2014), modificó simultáneamente los arts. 1, 8, 40 *bis* y 50 de la Ley 24240, pero no varió ninguna otra de sus disposiciones ni, menos, alteró el art. 2 en lo relativo a la exclusión de los profesionales liberales del régimen tuitivo de los consumidores[\[146\]](#). Por lo tanto, el art. 2, Ley 24240, que caracteriza al proveedor y establece quiénes no lo son y quedan, por tanto, excluidos del régimen de la ley, permanece vigente y sin cambio alguno.

Sin embargo, el art. 2, *in fine*, Ley 24240, expresamente dispone que no se encuentra excluida de la ley de defensa del consumidor la publicidad que los profesionales liberales hagan de sus servicios. Por ello, la publicidad del servicio profesional queda incluida dentro de las normas que protegen al consumidor.

Las reglas que disciplinan la publicidad en materia de Derecho del Consumidor son, además de las referidas en el DNU 274/2019, las siguientes:

- Art. 8, Ley 24240: "Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

- Art. 1101, CCC: "Publicidad. Está prohibida toda publicidad que: a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio; b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor; c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad".

- Art. 1103, CCC, que es casi idéntico al art. 8, Ley 24240: "Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente".

Como se advierte de este breve listado normativo, las disposiciones específicas que tratan la publicidad en el ámbito del Derecho del Consumidor son similares, en lo que aquí interesa, a las reglas que disciplinan la publicidad en general en el DNU 274/2019, ya analizadas, y se asientan sobre la misma premisa: no se puede realizar ninguna publicidad que induzca o pueda inducir a error al destinatario (consumidor).

El alcance de esta pauta legal ya fue examinado en ocasión de las antiguas normas sobre publicidad de la Ley 22802 y de las actuales que emergen del DNU 274/2019, por lo que me remito a esas reflexiones para evitar reiteraciones.

V.d. El certificado notarial remoto y la publicidad engañosa

Aclarados los conceptos básicos en materia de publicidad y competencia desleal, resulta necesario aplicar esas nociones respecto del certificado notarial remoto vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Un repaso de ciertas publicidades que ya circulan en el mercado respecto del certificado en cuestión denota que algunas escribanías y empresas lo publicitan de forma tal que inducen al destinatario a creer que se trata de la tradicional certificación notarial de firmas, con los efectos jurídicos y eficacia probatoria que esa certificación produce, cuando existe una notoria diferencia entre aquel y esta.

El certificado notarial remoto no posee la eficacia probatoria de la certificación notarial de firmas, según surge de la parte respectiva de este trabajo colectivo. Por lo tanto, la publicidad notarial que promociona las ventajas de aquel como si fuera una certificación notarial de firmas induce a error y confusión en el destinatario y, por ello, puede constituir un supuesto de publicidad engañosa o competencia desleal, según fuera el caso.

Por último, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires emitió un comunicado respecto del deber de los escribanos de no efectuar publicidad indebida del certificado notarial remoto y advirtió que dará inmediata intervención al Tribunal de Ética colegial en caso de que se verifique publicidad engañosa en relación con ello. El art. 4 del Código de Ética del Colegio referido dispone que constituye "falta de ética" la realización de "todo tipo de publicidad, cualquiera sea su medio o forma de exteriorización", con algunas excepciones entre las cuales no se encuentra el tipo de publicidad que se realiza respecto del certificado notarial remoto.

V.e Acciones que dispone el perjudicado

En caso de verificarse un supuesto de publicidad engañosa, tanto el DNU 274/2019 como el CCC estatuyen cuáles son las acciones que el afectado puede iniciar.

Los arts. 61 y ss., DNU 274/2019, señalan las opciones disponibles para el perjudicado:

1) acción para hacer cesar el acto o para prohibirlo;

2) resarcimiento de daños y perjuicios y eventual publicación de la sentencia condenatoria (conf. art. 65); y/o

3) solicitud de medidas cautelares.

Asimismo, el art. 62, DNU 274/2019, dispone quiénes tienen legitimación activa para reclamar:

- 1) cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal o publicidad prohibida;
- 2) las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos; y
- 3) las asociaciones protectorias del consumidor.

Por su parte, el art. 1102, CCC, prevé que "los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria".

La doctrina que analiza esta norma expresa que "la acción de cesación y rectificación es operativa frente a la publicidad ilícita emitida por cualquier medio o soporte técnico de difusión" y que "hubiera resultado importante que el artículo incluyera un párrafo aludiendo a la posterior acción de daños y perjuicios a la que siempre tienen derecho el o los damnificados"[\[147\]](#).

Sin embargo, la doctrina aclara que "la publicidad engañosa, la comparativa y la abusiva se hallan prohibidas, por lo que la conducta de su autor es antijurídica en los términos del art. 1717, CCC, por lo que este se halla obligado a reparar el daño causado (art. 1716, CCC). La publicidad referida tiene por objeto promover bienes y servicios por lo que la prohibición alcanza al proveedor/profesional quien se beneficia con el mensaje y, en principio, a la agencia publicitaria que lo haya creado"[\[148\]](#). También se ha afirmado que las acciones del art. 1102, CCC, "se incluyen dentro de las acciones preventivas del daño previstas por el art. 1711 del CCCN"[\[149\]](#).

Como se advierte del cotejo entre el CCC y el DNU 274/2019, las acciones y legitimados para el reclamo son muy similares, con algunas variantes, aunque el DNU 274/2019 sea más explícito y detallado en la cuestión e incluya expresamente el resarcimiento de los daños y perjuicios que la publicidad prohibida o acto de competencia desleal provoquen al afectado.

A las acciones legales indicadas por las normas precitadas, debe agregarse la posibilidad del perjudicado de denunciar la actuación del profesional ante el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por infringir las normas aplicables.

#### V.f) Conclusiones

De lo examinado en este apartado sobre publicidad y competencia desleal, concluyo que:

- 1) En nuestro país existen normas generales que fijan las pautas que debe respetar la publicidad de bienes y servicios dirigidas al mercado.
- 2) Las reglas generales se aplican a todas las personas humanas o jurídicas, sin distinción, cualquiera fuera el medio de difusión utilizado para canalizar la publicidad del bien o servicio.
- 3) Paralelamente a ese régimen general, existen disposiciones específicas en diversos regímenes jurídicos que regulan situaciones particulares, como también normas relevantes que surgen del Derecho del Consumidor.
- 4) El Derecho del Consumidor no se aplica a la función notarial, excepto en lo relativo a la publicidad que el profesional realice de sus servicios notariales.
- 5) Tanto las reglas que disciplinan la publicidad en general como los criterios que surgen de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor prohíben cualquier tipo de publicidad engañosa, es decir, aquella que pueda inducir a

error o confusión a sus destinatarios.

6) Los perjudicados por la publicidad engañosa o quien resulte afectado por un acto de competencia desleal tienen a su alcance diversas acciones legales para canalizar su reclamo.

7) La publicidad que ciertas escribanías y empresas realizan actualmente respecto de los supuestos beneficios o contenido del certificado notarial remoto puede configurar una hipótesis de publicidad engañosa o acto de competencia desleal, puesto que induce a error al destinatario-prestatario del servicio notarial respecto de los efectos jurídicos concretos de ese certificado, al confundirlo con los que se derivan del tradicional certificado notarial de firmas.

## **VI. Análisis de actuación notarial remota internacional y proyecto de actuación argentina<sup>[150]</sup>**

La pandemia ha logrado exaltar las bondades de la tecnología, acercando a quienes están lejos, facilitando las comunicaciones, así como las posibilidades de seguir trabajando sin movernos de casa. Pero, aún impactados emocionalmente por el cambio del ritmo social, el miedo al contagio, el peligro de la pérdida de la vida, y la necesidad de seguir produciendo para mantener una economía activa, debemos tener en cuenta los riesgos que el uso de la tecnología implica en un momento donde, en pos de la pandemia y la necesidad de salvaguardar la salud pública, se evidencia una flexibilización interpretativa, así como una laxitud normativa inaceptables en momentos normales.

Los riesgos que la tecnología tenía hace tres meses los sigue teniendo ahora. Los mismos resquemores, dudas y recelos que existían en febrero de 2020 están vigentes ahora. Entonces, ¿qué ha cambiado? Tecnológicamente, nada. Socialmente, todo. La comunidad jurídica, la clase política y la dirigencial en todos los niveles advierte ahora que la tecnología puede ser una solución a nuestro estado de aislamiento social.

La pandemia ha impuesto analizar la función notarial electrónica y digital, así como una posible actuación notarial remota, para tratar de brindar una solución a la sociedad, al Estado, a las pymes, la industria, la banca financiera, en definitiva, a la propia economía en un estado de aislamiento social, preventivo y obligatorio.

En este escenario, no podemos dejar de remarcar que algunos países como Francia, España, Italia, Bélgica, Estonia, Austria y Alemania, desde los inicios de este milenio vienen trabajando, sin prisa, pero sin pausa, en una constante capacitación y tecnologización de todo el notariado no solo en el ámbito institucional sino además en el ámbito personal de cada una de las notarías.

La pandemia declarada y la necesidad de encontrar rápida respuesta a la problemática planteada ha llevado a algunos países a tratar de avanzar en la regulación de una posible actuación notarial remota, como ocurre, por ejemplo, con el notariado de Quebec, el notariado del Estado de Santa Catarina en Brasil o el notariado de Puerto Rico. Al momento de evaluar una propuesta de reforma legislativa se suele fundamentar la misma trasladando ejemplos de notariados internacionales para ser aplicados en el país. Creemos que antes de tomar los ejemplos de los países referentes, es necesario tener en cuenta nuestra organización nacional.

En este sentido, Argentina es un país federal<sup>[151]</sup> y las provincias preexisten a la República, por lo tanto, por mandato constitucional, hay ciertas facultades o prerrogativas que no le han sido delegadas a la Nación<sup>[152]</sup>. Una de ellas es la organización del notariado, aunque fue delegada la facultad de dictar códigos de fondo<sup>[153]</sup>. Es importante considerar la organización nacional y la del notariado, así como la forma de aplicarlo en cada uno de esos países, pues depende de ellos la instrumentación y posible implementación.

Para poder determinar la posibilidad de aplicar algunas de las soluciones tecnológicas internacionales a nuestro notariado, previamente es necesario:

- Hacer un análisis de la situación de cada uno de los notariados internacionales que han adoptado o estudian la posibilidad de actuación notarial remota.

- Estado actual del notariado argentino.

- Propuesta de actuación notarial remota en Argentina.

#### VI.a. Análisis de la situación internacional

Siendo España, Francia e Italia, los notariados internacionales referentes más avanzados tecnológicamente en la materia, haremos un breve comentario de los mismos. Bélgica, Alemania, Estonia y Rusia también poseen una muy fuerte estructura tecnológica y función notarial electrónica de la que solo enunciaremos por razones de espacio. Por último, daremos una conclusión tratando de encontrar elementos comunes que puedan servir de ayuda para la búsqueda de una solución adecuada a la realidad argentina.

##### VI.a.1) España

España posee una estructura nacional del notariado donde las comunidades autonómicas no tienen competencias para regular sus funciones. El órgano a nivel nacional es el Consejo General del Notariado (CGN) el cual depende de la Dirección General de los Registros y del Notariado, institución subordinada al Ministerio de Justicia. El CGN está constituido por un Consejo integrado por los decanos de los 17 Colegios Notariales.

Desde el 01 de enero de 2002, con el agregado del artículo 17 bis a la Ley del Notariado, España admite el protocolo notarial electrónico; sin embargo, todavía al día de hoy, en España se mantiene el protocolo en soporte papel, aunque toda la actuación notarial de registración e informes al Estado se realiza mediante medios digitales. Los requirentes realizan el acto notarial en forma presencial y firman el protocolo en soporte papel. Posteriormente el notario realiza las comunicaciones a todas las reparticiones estatales y de registro vía digital. Finalizado el proceso de inscripción. Toda la documentación se imprime en soporte papel, se firma por el notario y se le entrega la documentación al requirente.

El notariado español, a pesar de mantener el protocolo papel, ha tenido una actitud absolutamente proactiva frente a las tecnologías, ya que seis meses después de la modificación de la Ley del Notariado, en julio de 2002, crea la Agencia Notarial de Certificación (ANCERT) con el objetivo de poner en práctica el plan de modernización tecnológica del Notariado español mediante un canal seguro de comunicaciones encriptadas. Para ello posee una Red Privada Notarial (RENO), la cual es una red de telecomunicaciones dedicada y exclusiva, que interconecta de forma segura más de 3.500 nodos con Ancert y las Administraciones Públicas. Asimismo, Ancert, provee al notariado el Sistema Integrado de Gestión del Notariado (SIGNO). Esta infraestructura se complementa con unos servidores Platón que se encuentran en todas las notarías. Estos servidores son los responsables del procesamiento y envío de los trámites SIGNO realizados diariamente.

Sobre esta base tecnológica, el 01 de enero de 2004 se crea el índice Único Informatizado Notarial y en diciembre de 2005 se crea el Órgano Centralizado de Prevención de Blanqueo de Capitales (OCP). En todo ese tiempo el notariado ha ido incorporando servicios y aplicaciones hasta poseer en la actualidad lo siguiente:

- Un sistema informático integrado por un único sistema corporativo de comunicaciones (RENO),
- Una plataforma telemática exclusiva (SIGNO)
- Un sistema de firma electrónica cualificada y avanzada, así como de sello de tiempo cualificado y avanzado, mediante el cual el Consejo General del Notariado es el único en España, junto con el Ministerio de Interior (DNI electrónico 3.0), que dispone de sistemas homologados a nivel europeo de firma electrónica en la nube, cumpliendo con el Reglamento (UE) 910/2014, de 23 de julio, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (también conocido como Reglamento EID@S)[154].

En el mes de abril de 2020 todo este avance y desarrollo a nivel tecnológico y de función notarial ha posibilitado al notariado español presentar una propuesta de realización de algunos actos por videoconferencia. El actual estado de situación tecnológica notarial ha sido gracias al trabajo conjunto, coordinado y cooperativo entre el Estado y el notariado que ha permitido que el Consejo General del Notariado iniciara en 2002 un proceso de

implementación de infraestructura tecnológica a nivel institucional y a nivel de cada una de las notarías en particular.

Es decir, al notariado español le habría tomado casi cuatro años prepararse y adecuarse para trabajar eficientemente en los servicios que hoy brinda y con la seguridad que el notariado latino requiere.

#### VI.a.2) Francia

Francia, al igual que España, posee una estructura nacional del notariado la cual se subdivide en 33 consejos regionales. El órgano a nivel nacional es el Consejo Superior del Notariado (CSN). Para posibilitar la actuación digital notarial el Consejo Superior de Notarios ha creado, en 1998 la intranet notarial y en el año 2000, la tarjeta inteligente REAL permitiendo acceso a todos los notarios a la intranet notarial. Trabajan además con la plataforma "Planete" y la aplicación "Tele@actes". En el año 2008 crearon la base de datos segura MICEN, donde se resguardan todas las escrituras digitales.

A partir del dictado del Decreto 973-2005, Francia admite la escritura electrónica, sin embargo, la primera escritura electrónica desmaterializada se autorizó recién el 28 de octubre de 2008. Es decir que, al notariado francés, le ha tomado tres años prepararse y adecuarse para trabajar eficientemente y con la seguridad que el notariado latino requiere. La formalización de la escritura en formato electrónico o en soporte papel es optativa por parte de los comparecientes.

Francia tiene prevista en su legislación la realización de una escritura mediante videoconferencia. La primera escritura de este tipo se ha firmado en 2018. La realización de una escritura de estas características se efectúa mediante dos escribanos. Un escribano denominado "notario instrumentador" quien se encuentra con una de las partes y otro escribano que se denomina "notario colaborador", situado en otra ciudad, que se encuentra con la otra parte. El acto es dirigido por el notario instrumentador, pero cada uno de los notarios verifican la identidad de las partes que se encuentran en su presencia, así como la prestación válida del consentimiento, es decir sin vicios de error, dolo, violencia o intimidación. Se lee la escritura, se les explica cada una de las cláusulas y previa conformidad verbal de los comparecientes el escribano instrumentador envía el documento digital, mediante una plataforma segura al notario colaborador para que las partes firmen. Una vez firmada se vuelve a enviar al notario instrumentador para que este haga firmar a la otra parte. Por último, el notario autoriza el acto con su firma digital.

Es importante aclarar que en Francia las partes no necesitan poseer firma digital para la suscripción de una escritura pública, ya que al igual que en Italia, la firma de una escritura puede hacerse mediante cualquier medio ya que es el escribano quien garantiza al Estado la identidad de quien ha firmado y que el consentimiento fue prestado sin vicios. Hay una revalorización de la función notarial que ha permitido dinamizar el tráfico jurídico e inmobiliario a través del reconocimiento de la función notarial como guardián y custodio de una prestación válida del consentimiento en los actos jurídicos.

#### VI.a.2)1. Actuación notarial francesa durante la pandemia

A raíz del dictado del Decreto 395-2020 del 3 de abril de 2020<sup>[155]</sup>, el notariado francés podrá redactar un acto notarial en soporte electrónico cuando una o todas las partes no estén presentes ni representadas.

El acto notarial se debe realizar mediante un sistema de comunicación y transmisión de información seguro que garantice la identificación de las partes, la integridad y confidencialidad del contenido. Dicho sistema debe haber sido aprobado por el Alto Consejo de Notarios<sup>[156]</sup>. Las partes deben de firmar el acto con una firma electrónica calificada<sup>[157]</sup>. La escritura se cierra cuando el notario le coloca su firma electrónica segura<sup>[158]</sup>. Este decreto solo es válido hasta el mes siguiente de la fecha del cese del estado de emergencia de salud declarado en las condiciones del artículo 4 de la Ley del 23 de marzo de 2020.

Analizando la normativa cabe mencionar que, para los casos de una actuación notarial remota, donde el compareciente no se encuentre con presencia física notarial -como lo es en los casos de escrituras por videoconferencias que ya hemos explicado- el decreto establece:

- Una vigencia temporal -hasta un mes a partir de la fecha del cese del estado de emergencia-.
- Los requirentes deben poseer firma electrónica calificada[159]. Su similar en Argentina es la firma digital.
- Se advierte en el legislador francés posee un pleno conocimiento de las diferentes clases de firmas electrónicas y los riesgos que implica el uso de cada una de ellas, como así también de la plena valorización de la función notarial y las bondades que la misma tiene. Francia es el país que más experiencia tiene en protocolo notarial electrónico en el mundo y en momentos de normalidad autoriza y acepta que las partes, con presencia notarial puedan firmar con firma electrónica ya que el notario es quien custodia y garantiza al Estado la identidad y capacidad de las partes, así como la prestación válida del consentimiento.

En cambio, en época de pandemia, cuando se podría implementar una flexibilización normativa e interpretativa, el legislador francés autoriza el acto notarial remoto, pero solo para aquellas personas que posean firma electrónica calificada. Así, restringe el acto notarial remoto a aquellas personas que posean esta clase de firmas, ya que, al no existir presencia física notarial junto a los requirentes, intenta minimizar los riesgos de seguridad jurídica que en esta clase de actos subyacen.

#### VI.a.3) Italia

Con una organización nacional similar a España y Francia, el Consejo Nacional de Notarios posee la representación, dirección y control de todo el notariado itálico. En materia tecnológica, en 1997 el Consejo Nacional de Notarios y el Fondo Nacional de Notarios crearon Notartel SpA una empresa que tiene como objetivo conectar a todos los notarios italianos a través de una plataforma web dedicada o intranet, denominada la Red Unitaria de Notarios (RUN), la cual representa la principal herramienta de comunicación interna entre los notarios. Notartel SpA, además de prestar todos estos servicios, guarda y conserva todos los documentos notariales emitidos electrónicamente por el notariado.

A partir del año 2010, mediante el Decreto legislativo 110 del 02 de julio, se modificó la ley y el notariado tiene la posibilidad de realizar la escritura pública en soporte digital. Utilizando la infraestructura tecnológica antes mencionada, el notario italiano firma digitalmente, con una firma emitida por el Consejo Nacional de Notarios, mientras que las partes pueden firmar incluso con firma electrónica simple o grafométrica a través de un software denominado iStrumentum, que adquiere los datos biométricos de la firma y hace que sea imposible reutilizar la firma para otros actos.

#### VI.a.4) Otros países

Desarrollamos los ejemplos más significativos. No obstante, se puede agregar que, en Alemania, el Consejo Federal del Notariado Alemán, creó la Notarnet GmbH, empresa gestionada por el mismo Consejo Federal. En Estonia la nueva plataforma E-notarial 3 lanzada por la Cámara de Notarios en febrero de 2020, trae una solución que permite realizar procedimientos notariales remotos. En Bélgica, el 21 de mayo de 2019, la Federación de Notarios Belgas comunicó que es posible concluir una escritura celebrada "frente a un notario" por videoconferencia, en un sistema similar al establecido en Francia. La conferencia se celebra de forma confidencial a través de una red electrónica segura que conecta las oficinas notariales, denominada Feednot. La Federación de notarios de Rusia posee un sistema notarial de información unificada mediante el cual se prevé para fin del corriente año la actuación notarial remota.

#### VI.b. Soluciones tecnológicas utilizadas por los notariados internacionales para la actuación digital

Todos los notariados que se encuentran trabajando en forma electrónica y los países que, a raíz del COVID-19, han ampliado algunas actuaciones notariales mediante videoconferencias, *poseen una plataforma notarial electrónica mediante la cual se ofrece un ambiente controlado a través de una conexión segura entre el requirente y el notario, que asegura el cumplimiento de los principios fundamentales del sistema notarial latino.* Los notariados de España, Francia, Italia, Alemania, Bélgica y Estonia, entre otros, basan su actuación notarial electrónica en este tipo de plataformas seguras con sistemas de servicios integrados capaces de comunicarse

entre sí, manejadas por el notariado nacional. Los notariados, que en la actualidad son modelos de ejercicio en forma remota, han recorrido un camino que los ha llevado no menos de tres años en diseñar y crear las plataformas tecnológicas necesarias para desarrollar la actividad notarial en forma remota, con las mismas seguridades que lo hacen en forma presencial.

#### VI.c. Estado actual del notariado argentino

Nuestro país, a diferencia de los ejemplos mencionados, constitucionalmente adoptó para su gobierno la forma representativa, republicana y federal mediante la cual las provincias se reservaron todos los derechos no delegados en el gobierno central, como el poder de policía. De allí surge la potestad de legislar sobre la organización y actuación del notariado provincial. Existen veinticuatro jurisdicciones con realidades geográficas, sociales, de conectividad e infraestructura tecnológica totalmente diferentes que imponen un enorme desafío para todos aquellos que pretendan encontrar una solución única para una actuación notarial remota en todo el territorio nacional. Esta quimera implica una adecuación en la infraestructura tecnológica de las instituciones notariales y del notario particular en su despacho, pero además en algunos casos, una adecuación de las normativas provinciales.

Para la actuación o función notarial digital<sup>[160]</sup> es necesario que el notario posea firma digital y que además el colegio provincial al cual pertenece le provea folios notariales digitales para su actuación.

Actualmente el notariado de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentran trabajando con folios notariales digitales<sup>[161]</sup> que le permiten realizar ciertas actuaciones también digitales<sup>[162]</sup>. Dentro de la actuación notarial puramente digital debemos distinguir la actuación notarial digital protocolar, de la actuación notarial digital extraprotocolar. A su vez, en ambos supuestos, hay que subdividir la posibilidad o no de ejercer esa actuación notarial con intermediación física del otorgante con el notario o en forma remota.

#### VI.d. Propuesta de actuación notarial remota en Argentina

En todos los casos será necesario que las partes posean firma digital, en cualquiera de sus dos versiones, mediante dispositivo externo (token) o remota, también denominada firma en la nube (cloud).

Dentro del escenario actual en el que se encuentra la infraestructura tecnológica notarial, el notariado particular, la legislación vigente, el esquema de actuación notarial esbozado y teniendo en cuenta la necesidad de plantear una propuesta de solución a la actuación notarial en la emergencia vigente, consideramos que el notariado podría desarrollar una actuación notarial remota extraprotocolar, cumpliendo todos los requisitos fundamentales y fundantes de una actuación notarial de tipo latino.

La necesidad de abastecer una solución frente al aislamiento social, basada en las demandas de la sociedad o del propio notariado, no puede, bajo ningún motivo violentar los principios elementales de la actuación notarial como garante de la seguridad jurídica y colaborador de la justicia preventiva. Para ello es necesario aprender y aprehender de las experiencias internacionales, adecuarlas a nuestra realidad e intentar dar la mejor respuesta posible.

Para estudiar, interpretar, analizar y evaluar una solución factible es necesario tener en cuenta que ésta deberá contemplar las herramientas necesarias que permitan, como mínimo:

- Una conexión segura entre el requirente y el notario
- Identificar a las partes
- Obtener una prestación válida del consentimiento

Teniendo en cuenta el mayor grado de desarrollo y la existencia de folios digitales notariales en los colegios de la provincia de Buenos Aires y de la ciudad Autónoma de Buenos Aires (sin desconocer que varios colegios

provinciales poseen una infraestructura tecnológica por medio de la cual, el notario se vincula con el colegio para la realización de determinados trámites) tomaremos como ejemplo, para esbozar una posible solución, la infraestructura del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. A tal fin, será necesario cumplimentar, como mínimo, los tres requisitos mencionados que pasamos a desarrollar someramente.

#### VI.e. Conexión segura entre el requirente y el notario

El notariado del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires posee firma digital mediante dispositivo externo (token) desde hace más de dos años. Se vincula con la plataforma del colegio mediante un usuario - password. Para poder acceder al módulo de gestión de firma digital debe necesariamente acceder mediante el certificado de firma digital a los efectos de poseer una doble identificación del usuario para usar el servicio.

La importancia y el valor que para las partes tiene la celebración de un acto notarial, que trasciende el mero valor económico, y adquiere una dimensión socio cultural sumamente relevante, nos exige, impone y obliga a tener los máximos cuidados al momento de evaluar una actuación notarial remota. Es por ello que este tipo de actos requiere necesariamente la conexión segura entre el requirente y el notario. Por lo tanto, este tipo de actuación no es posible ni legalmente aceptable -por las obligaciones impuestas en la Ley 25326 que desarrollamos y explicitamos en el presente trabajo- darla a través de aplicaciones gratuitas que no otorguen la seguridad y confidencialidad legalmente impuesta. En este sentido, existen aplicaciones seguras en el mercado que se pueden usar y que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires se encuentra utilizando actualmente. Esas aplicaciones de videoconferencias nos aseguran una conexión segura entre el requirente y el notario para una posible actuación notarial remota, con iguales garantías que las plataformas que poseen los notariados extranjeros.

La conexión segura implica no sólo la propia conexión entre el requirente y el escribano sino además el intercambio seguro y confidencial de la documentación que se debe enviar y recibir, así como la que se debe de firmar. De esta manera el control y confidencialidad de la información que se envía para firmar y luego se recibe firmada está bajo el absoluto control del notario.

Estas aplicaciones permiten que a medida que transcurre la videoconferencia se vaya grabando y encriptando, pudiendo solamente el administrador de la plataforma acceder al contenido de la misma. Si se configura para que la grabación se vaya guardando en los servidores del Colegio de Escribanos, también se podría configurar que el propio Colegio de Escribanos, una vez finalizada la misma firme digitalmente la grabación a los efectos de poder brindar al juez, en caso de discusión o duda, una prueba fehaciente sobre lo ocurrido en la audiencia notarial remota. En ese caso, el Colegio de Escribanos tendría la guarda de la grabación de la audiencia remota de todo el requerimiento y acto notarial efectuado.

Hasta se podría pensar incluso en dar al requirente no sólo una copia del acto suscripto digitalmente sino además un link de descarga temporal de toda la videoconferencia firmada digitalmente por el Colegio para que el propio requirente tenga una copia de la videoconferencia de su acto notarial remoto, si así lo desea.

#### VI.f. Identificación de las partes

El artículo 306 del Código Civil y Comercial nos dice que la identidad de los comparecientes debe justificarse por exhibición que se haga al notario de documento idóneo o porque el notario afirma conocerlo. En caso que el notario conozca al requirente no presenta inconvenientes, más allá de la relectura que deberíamos ensayar del principio de intermediación. En caso que el notario no conozca al requirente es necesario tomar ciertas precauciones complementarias a los efectos de obtener un mayor grado de certeza en la identificación de la persona. En este sentido es posible integrar a la plataforma notarial el servicio que el Registro Nacional de las Personas (Renaper) posee de identificación facial, para lo cual el notario no sólo le va a solicitar al requirente, la exhibición del documento idóneo que acredite su identidad, sino que además le podrá exigir que realice el reconocimiento facial a los efectos de obtener la verificación de la identidad por parte del Renaper junto con los datos que el organismo posee del requirente. Se intenta brindar la mayor seguridad jurídica posible en cada uno de los actos. En este sentido es dable recordar que el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/1502 de la Comisión, sobre la fijación de especificaciones y procedimientos técnicos mínimos para los niveles de seguridad de medios

de identificación electrónica con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3, del Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, establece tres niveles de seguridad para los medios de identificación electrónica: bajo, sustancial y alto. La identificación electrónica mediante la mera exhibición del documento tiene un nivel BAJO, la identificación mediante tecnología de reconocimiento facial posee un nivel de identificación SUSTANCIAL, mientras que la identificación mediante sistemas biométricos alcanza un nivel ALTO de identificación. Es por ello que los notarios europeos (que han comenzado a trabajar en forma remota) cuando deben identificar a un requirente se vinculan además con los Organismos del Estado que emiten los Documentos Nacionales que acreditan identidad, a los efectos de tener otra vía de verificación o validación de esa identidad.

Este no es un tema menor. No obstante, se lo suele tratar con liviandad al momento de evaluar la identificación de las partes. Ante la ausencia de normativa nacional respecto de la forma de acreditar la identidad en el ámbito electrónico, consideramos aconsejable recurrir a la normativa internacional para fundamentar la importancia de la identificación y la manera de merituar o calificar cada una de las modalidades de identificación electrónica, máxime teniendo en cuenta si lo que se intenta es identificar a alguien a los efectos de realizar un acto jurídico.

#### VI.g. Obtener una prestación válida del consentimiento

Este es, quizás, el elemento mas importante a tener en cuenta pues todo acto es válido en tanto y en cuanto se haya prestado el consentimiento sin ningún vicio congénito. En este sentido el notario debería replicar en forma remota lo que ocurriría en su oficina, es decir, contar con un "ambiente controlado seguro". El notario deberá desarrollar su audiencia remota con las personas humanas, de la misma manera que si se tratara de una modalidad presencial. Si en el ambiente donde se encuentra el requirente existen personas ajenas al negocio, sería recomendable que no estuvieran en la audiencia remota a los efectos de poder realizar el acto como si el requirente hubiera ido a la oficina. Debemos generar un ambiente seguro y permitir al requirente expresarse con total y absoluta libertad. Para poder verificar el estado de la sala, habitación o "ambiente controlado" se le podría pedir al requirente que gire la cámara trescientos sesenta grados a los efectos de obtener una filmación de toda la habitación donde el requirente se encuentra y donde "comparecerá" a expresar y manifestar su voluntad.

De esta manera en un "ambiente controlado" remotamente el notario tendrá su audiencia, leerá, explicará y asesorará al requirente y por último le solicitará que exprese su conformidad para luego firmar.

Si ello ocurre, no hay que perder de vista que todo ha de quedar filmado y guardado en los servidores del propio Colegio de Escribanos, cuyo representante o delegado, además, una vez finalizado el acto, firmará digitalmente el archivo de video encriptado. Ello será un medio de prueba, en caso de alguna objeción, de todo lo realizado por el notario durante la audiencia.

#### VI.h. Actuación notarial remota y plataforma tecnológica no segura

De la misma manera que no se puede hablar de la luz sino a través de la oscuridad no se puede explicar la seguridad sino a través de la inseguridad. La tecnología e internet no fue originalmente diseñada para transmitir confianza, sino para enviar información de un punto A hasta un punto B, de manera eficiente, sin que tenga por ello que ser verdadera. La posterior necesidad social de asegurar y resguardar el dato da origen a la creación del sistema simétrico y posteriormente el asimétrico o de clave pública que es utilizado en la firma digital.

Es muy importante poder discernir la función de cada una de las aplicaciones tecnológicas y cual fue el objetivo al momento de ser diseñadas. Para poder usar las aplicaciones tecnológicas en determinados ámbitos de ejercicio profesional es necesario evaluar cual fue la finalidad al momento de su desarrollo. Las aplicaciones de videoconferencia que actual y masivamente se están usando, como zoom, whatsapp<sup>[163]</sup> o facetime, fueron pensadas para que la gente se comunique en un ambiente inseguro, privilegiando la comunicación por sobre la seguridad en la misma, donde además no es posible intercambiar documentación ya que la finalidad básica para la cual fueron diseñadas esas aplicaciones era la comunicación oral y visual. Por ello esas plataformas no son herramientas idóneas para una actuación notarial segura.

Debemos distinguir el concepto y objeto de la seguridad informática del concepto y objeto de la seguridad jurídica. Ante la vulnerabilidad de los datos el objeto de la seguridad informática es la preservación, custodia, integridad, disponibilidad y resguardo de los mismos, pero no es objeto de la seguridad informática la validez, la legalidad, ni la autenticidad del dato. Estas características son parte de la seguridad jurídica no de la seguridad informática.

Las plataformas mencionadas ni siquiera llegan a alcanzar el concepto y objeto de seguridad informática por la sencilla razón que nunca fueron pensadas, diseñadas ni su objetivo es dar seguridad sino simplemente ser un canal de comunicación entre dos personas que, en un ambiente coloquial, de familiaridad o amistad elegían dicha vía de comunicación por sobre otra. Por ello estas herramientas no tienen previstas medidas de seguridad antihackeo, canales seguros de transmisión de datos, algunas ni siquiera prevén la transmisión de documentación. La utilización de esta clase de herramientas, carentes de cualquier medida de seguridad informática, violenta toda la normativa de protección de datos personales y la confidencialidad de la audiencia notarial, es impensable para el cumplimiento de los principios básicos y fundantes del ejercicio de la función notarial cuya misión primordial es brindar seguridad jurídica para alcanzar la paz social. En el actual escenario de impacto y uso tecnológico la seguridad jurídica sólo es posible alcanzarla a través de la conjunción de la actuación notarial de tipo latino y, sumado a ella, el uso de plataformas tecnológicas seguras que brindan seguridad informática. Por ello, en los fundamentos de la propuesta se pueden encontrar, contrario sensu, todas las falencias que puedan presentar las plataformas tecnológicas no seguras.

Con esta propuesta el notariado podría ofrecer al Estado Nacional una posibilidad de trabajar en forma remota, con una plataforma segura entre notario y requirente, donde se les asegure que:

1. No existirá intromisión alguna por parte de terceras personas.
2. Se respeta el secreto profesional que debe imperar en toda audiencia notarial.
3. La normativa referente a los datos personales es cumplida en su totalidad.
4. Se desarrolla el procedimiento de identificación electrónica con nivel de seguridad sustancial, de conformidad con la normativa europea, que permite justificar la debida diligencia notarial al momento de identificar electrónicamente a alguien que debe suscribir un acto jurídico.
5. Posibilita la guarda encriptada y firmada digitalmente del archivo de video de toda la audiencia celebrada. En caso de objeción por parte de alguna de los intervinientes o de terceras personas, el archivo podrá ser consultado por la justicia.
6. Existe la posibilidad temporal de bajar el video de la audiencia a solicitud del requirente.

#### VI.i. Plataforma de actuación notarial remota digital multicolegio de uso nacional

La propuesta descrita y desarrollada en sus elementos configurantes, se basa en la infraestructura tecnológica que posee el notariado de la provincia de Buenos Aires. Es cierto que algunos notariados de otras demarcaciones territoriales no poseen actualmente este desarrollo tecnológico y les llevaría tiempo poder acceder a una infraestructura de este nivel.

Sin embargo, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires ha desarrollado (teniendo una visión amplia y abarcativa de la realidad nacional), una plataforma de uso multicolegio. Ello significa que por medio de la celebración de convenios con los distintos Colegios de Escribanos o Notariales del país o con el mismo Consejo Federal del Notariado Argentino, esos Colegios, podrían acceder a los servicios de la plataforma notarial bonaerense. De esta manera el notariado del país podría ofrecer actuación notarial digital remota y segura.

#### VI.j. Uso de Firma digital y posible uso de firma electrónica con intervención notarial

Para la realización de un acto en forma remota el requirente deberá contar necesariamente, por una limitación

legal, con firma digital. El requirente podrá obtenerla a través de cualquiera de las autoridades certificantes reconocidas, pero no es posible, por ahora, una actuación notarial remota con firma electrónica porque la misma no se considera firma. A la luz del procedimiento planteado y en base a las seguridades que el mismo ofrece, se podría reconsiderar la aceptación de la firma electrónica y equivalencia con la firma ológrafa solamente en el caso que esta sea inserta frente a un notario.

El CCC acepta el principio de equivalencia de la firma digital con la firma ológrafa en tanto se asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento. El otorgamiento de una firma digital implica un proceso de verificación de identidad que necesariamente debe realizar la persona humana para que le otorguen la firma digital. En virtud de ello la tecnología de firma digital asegura la integridad e inalterabilidad del instrumento y presume la autoría de quien estampa la firma. Decimos presume, ya que no es posible tecnológicamente asegurar que quien estampa la firma digital es el titular del certificado. Tampoco puede verificar, validar, controlar o asegurar una prestación válida del consentimiento.

Por otro lado, el codificador optó, sabiamente, por descartar la consideración de la firma electrónica como firma. La doctrina civil y notarial a nivel nacional e internacional se han encargado de fundar tal decisión. Sin embargo, si a la aposición de una firma electrónica le sumamos una actuación notarial, todas las debilidades, falencias e inseguridades que la firma electrónica posee por su propia esencia, dejaría de tenerlas. La presencia notarial vendría a cubrir y subsanar esas debilidades, falencias, o inseguridades que esta tecnología presenta. En este caso, la identificación de la persona humana la haría el notario con las herramientas tecnológicas antes mencionadas, la aposición de la firma se haría en presencia del notario y documento firmado se vehicularía por la plataforma segura notarial lo cual asegura la confidencialidad de la misma. Una vez firmado electrónicamente por las partes, el notario certificaría y cerraría con su firma digital el documento con todas las seguridades tecnológicas de la criptografía asimétrica.

La audiencia notarial remota con la infraestructura y el procedimiento de verificación de identidad sustancial más la filmación de la misma, otorga un grado de seguridad de todo lo actuado que, si se reconsiderara la posibilidad de aceptar la firma electrónica como equivalente a la ológrafa cuando haya presencia notarial, muchos de los trámites que actualmente demandan presencia física y traslado de personas se podrían hacer en forma remota, sin descuidar la seguridad jurídica.

## **VII. Protección de los datos personales en la actuación notarial remota**[\[164\]](#)

### **VII.a. Protección de datos personales y el ejercicio de la función notarial**

Los datos personales, como género, y los sensibles como su especie, tienen protección de fuente constitucional y convencional internacional como derecho humano, en la que el bien jurídico protegido es la intimidad e identidad, en cuanto a evitar la falsedad y desactualización o la potencial discriminación de la persona[\[165\]](#) incluyéndola en perfiles inexactos, categorías sospechosas y otras calificaciones que excedan el marco de sus acciones e intereses privados y lo pongan en situación ante la sociedad que afecte su intimidad, honor o individualización misma[\[166\]](#), mediante su recolección en ficheros analógicos o bases digitalizadas, destinados a dar informes a terceros. El avance de la cultura digital, la publicitación de la vida privada, mediante acciones como la viralización, hacen que además el interés jurídico se amplíe a la protección de la identidad digital, la reputación que se construye de la persona en el mundo virtual, en que este tiene derecho a decidir que publicar, conocido como de autodeterminación informativa[\[167\]](#).

El dato es la representación parcializada de acceso al conocimiento de una parte de la personalidad e identidad, y en ese aspecto la razón de su protección es la intimidad, la esfera de reserva que merece la persona para mantener su dignidad y autonomía de sus actos privados, y la reputación digital entendida como la construcción de una identidad virtual, donde la finalidad del interés jurídico protegido es la enunciada en el art. 43 Const. Nacional: tender a evitar la falsedad del dato, entendida en su concepto amplio de no limitarse solo a la veracidad de lo representado, sino que el mismo sea actualizado con la situación presente de la persona, que se plasma en el denominado derecho al olvido, receptado entre otras normas en el art. 16, inc. 7 y art. 26, inc. 4, Ley 25326 (Ley de Protección de Datos Personales, en adelante LPDP) al establecer que los datos deben ser conservados por un plazo determinado previamente y luego suprimidos. En este sentido ha sostenido la Corte Suprema de

Justicia de la Nación que "la ley ha consagrado el derecho del afectado a exigir que -transcurrido cierto tiempo- los datos significativos para evaluar su solvencia económica-financiera no sean mantenidos en las bases de datos ni difundidos, con el objeto de que el individuo no quede sujeto indefinidamente a una indagación sobre su pasado"[168].

El ejercicio de la función notarial parecería ajeno a la aplicación de la LPDP en razón que no se trata de recolección de datos en bases analógicas o electrónicas destinadas a dar informes a terceros, y que sus normas en forma análoga tiene la misma finalidad tuitiva. El notario tiene el deber de secreto profesional[169], no da informes de datos personales o actos a terceros como los registros públicos de bienes registrables ni menos en base a su procesamiento, y la exhibición de los protocolos o libros de requerimientos de certificaciones de firmas solo se hacen a los otorgantes, sus sucesores, representantes, o las limitadas personas con interés legítimo enunciados en la leyes locales -como el profesional que hace la referencia del título inmobiliario para una nueva transmisión[170]-, y a la vez cumple con el principio de calidad del dato (art. 4, LPDP) entendido en el doble sentido legal de a) certeza: la acreditación de la congruencia del datos con la realidad analógica que constata (exhibición de DNI original, solicitud de informes al Registro Nacional de la Personas, etc.) o la declaración jurada que hace el titular ante quien ejerce funciones públicas; y b) finalidad de la recolección que determina su uso y transmisión necesaria para el cumplimiento de obligaciones funcionales y legales, como es la inscripción de los datos de la persona con relación al bien registrable a inscribir en el registro respectivo.

La finalidad de la recolección de datos personales por los escribanos y el carácter público de la función notarial determinan la excepción del consentimiento informado del titular de los datos personales para su uso y almacenamiento en documentos notariales analógicos o electrónicos (art. 5, ap. 2, LPDP), porque se recaban en ejercicio de una función delegada por el Estado, o en virtud de una obligación legal, o son fuentes de acceso público, o se limitan a nombre, documento de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio, o se derivan de la relación contractual con su requirente. La guarda o conservación mediante su representación documental con límites de acceso al público o general, sin procesamiento fuera de su destino legal de inscripciones en registros establecidos por la leyes, ni cediendo los mismo a otras bases de datos.

Por excepción se requerirá consentimiento cuando deban transmitirse o cederse a otras bases de datos sin que exista obligación legal para ello o se trata de datos sensibles, y cuando se transmitan a bases de datos situadas en el extranjero (art. 12, anexo I, Dec. 1558/2001). Así p.ej. el notario que decida guardar documentos electrónicos en servicios "cloud computing" de almacenamiento, que deberán ser de privados y de control de él como usuario, que cumpliendo con la finalidad de guarda y confidencialidad no requerirán consentimiento, pero de no ser así necesitará consentimiento informado para la transmisión de esos datos.

En todos los casos la finalidad del objeto del requerimiento notarial importa la autorización para el uso de los datos personales, y se diferencia del consentimiento informado que es exigible para los supuestos que excede la función de carácter público.

#### VII.b. Requerimiento a distancia: identificación del titular de datos personales

La función notarial siempre necesita un requerimiento del o los interesados, que puede ser verbal, por escrito con firma de autoría, en soporte papel o electrónico, y aún sin firma (mensaje, e-mail, videollamada, telefonía). Es el fundante de la actuación de carácter público, que en este trabajo analizaremos en dos categorías: los certificados notariales, que se limita a la atestación de la reproducción de hechos o documentos percibidos por el notario en forma extraprotocolar, sin conferirle fecha cierta ni la vinculación entre la persona y el objeto documentado; y las certificaciones y autorizaciones, cuyo objeto son actos o hechos jurídicos percibidos por el notario en forma directa o por declaración jurada de los comparecientes, y el notario hace un juicio de valor entre la persona y el objeto, documentando no solo el acto privado sino también el acto público notarial, sea en una escritura pública, acta protocolar, y sus copias, o certificaciones de firmas:

En el primer caso no se exige un requerimiento formal y por escrito, puede ser verbal y basta probarlo por cualquier medio de prueba, como es usual en el certificado de reproducción analógica donde se remita la fotocopia y su original. Esto mismo sucede en los denominados certificados remotos, dado que no existe

inmediatez. La falta de este contacto personal del notario con el requirente hace que también se omita la declaración jurada de éste sobre la certeza de sus datos personales que no declara, ni la vinculación real del titular del dato personal con el documento. Esto no tiene relevancia jurídica en principio para estos certificados que tiene por objeto la reproducción de un original, en forma total o parcial, o mediante síntesis o extractos. Va de suyo que tampoco hay consentimiento informado para su transmisión para fines diversos a la actuación requerida. En este marco, las Resoluciones 103/20 y 112/20 referidas a certificados notariales remotos del Consejo Directivos del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -que con ocasión de la emergencia sanitaria establecieron la posibilidad de la certificación remota de documentos electrónicos no firmados: videoconferencias presenciales por cualquier aplicación que el requirente o las partes utilicen- buscan reglamentar un supuesto ya comprendido en el art. 96, Ley 404, sin necesidad de requerimiento presencial o directo, como lo establece en principio el art. 97 de la misma ley para estos certificados, a diferencia de las restantes actuaciones notariales. La armonización de las normas de organización del notariado citadas, como el art. 171, inc. 1, Ley 9020 bonaerense, con los arts. 3 y concs., Ley 25506, y arts. 286 a 288, CCyC, permiten la expedición de estos certificados remotos de extractos o síntesis del documento electrónico grabado y guardado in totum, o de resúmenes o relaciones parciales.

En el segundo caso, las leyes de organización del notariado en el país, exigen un requerimiento por escrito y firmado. Aquí se da la expresa autorización del requirente para el uso y almacenamiento de sus datos personales, y además se hace la declaración jurada de los mismos ante el notario, dando satisfacción al principio de calidad del dato: finalidad y certeza; y que en aras al principio de equivalencia documental puede ser en soporte papel y con firma ológrafa, o electrónico con firma digital, en que existe el probado y eficaz requerimiento remoto a través de las nuevas tecnologías de la comunicación. En este segundo caso se encuadra la certificación de firma, que correctamente la Resoluciones del Colegio de Escribanos de C.A.B.A. expresamente dicen que el certificado notarial remoto no las incluye.

#### VII.b.1) Juicio de individualización y discernimiento. Identificación analógica e identidades digitales

Debe tenerse presente que la labor notarial en la certificación de firmas -al igual que en la protocolar- se realiza un juicio de individualización de la persona, su aptitud de querer y entender el acto notarial encomendado, que importa una resolución o decisión sobre la identificación y discernimiento de la persona en un acto público, que da certeza de su intervención, aptitud, y datos personales, que además demarcan su consentida finalidad de almacenamiento y uso. El acto privado con firma certificada adquiere una dimensión especial cuando se le adosa el acto público notarial: el carácter de acto auténtico, al menos en la vinculación del autor con el documento y el reconocimiento "ex ante" de su contenido (art. 314, 2º párr., CCC), demostrando la importancia y razón de su requerimiento formal. La acreditación de identificación y discernimiento es en el ámbito del mundo análogo o real, el juicio del notario sobre la persona y su querer, y valora las conductas y personalidad física actual, el notario se puede valer como parte del juicio de datos personales previos, analógicos o digitalizados, pero no sólo de ellos, por la aplicación análoga del principio del art. 20, inc. 1, LPDP, que impone a las autoridades judiciales y administrativas que sus resoluciones sobre conductas humanas o perfiles (identidades) no se puede fundar solo en el tratamiento de datos. Si bien este artículo está destinado a las resoluciones que tomen los jueces o autoridades administrativas, el notario al ejercer su función pública, le cabe la misma actitud, como lo demuestran los fallos que señalan que no basta acreditar la identidad en la escritura pública con la sola exhibición del documento, sino que este debe ser hábil para ello, para lo cual debe hacer un primer análisis o valoración más allá del documento presentado, sus datos o los informes complementarios que solicite p.ej. al RENAPER, sino que además debe correlacionar con la persona que se presenta, y en especial su aptitud de discernir.

Se distingue así la identificación de la persona en su unicidad jurídica, de las identidades o identificaciones digitales, en base a autenticaciones de usuarios y contraseñas predeterminadas, pero que no atribuyen la identificación de la persona en el mundo análogo ni su real querer. Solo la firma digital importa un proceso de individualización digital en base a claves y contraseñas predeterminadas de control del titular, que por imperio del art 3 y concs., Ley 25506 presumen la autoría de quien ha registrado su firma digital, pero ello no importa la completa correlación con el querer y sentir presente de su titular (o abuso de su uso por tercero o por apropiación), por lo que es equivalente a la firma de un instrumento privado y no de la certificación de la firma ológrafa. Como ésta se puede certificar, cumpliendo con la valoración humana del notario de los restantes elementos a resolver en el acto público, que tendrá por efecto conferirle el carácter de título ejecutivo y/o

ejecutorio y reconocimiento de su contenido.

La autenticación digital de las firmas electrónicas (art. 5, Ley 25506) en el ámbito de derecho privado se diferencia de las normas internas del subsistema del Derecho Administrativo, y no tiene la validez y eficacia de firma, por lo cual si bien puede tener trazabilidad por los metadatos del documento electrónico requiere siempre la apreciación como prueba en etapa judicial posterior, bajo la reglas de la sana crítica en los términos del art. 319, CCC. Sin perjuicio de ello, en una reforma legal podría ser a una plataforma de recepción de requerimientos notariales segura, un elemento más para la identificación de la persona en conjunto con otros.

#### VII.c. Principio de calidad del dato: certeza de la realidad representada

El ejercicio de la función pública notarial tiene por destino esa certeza, consagrada en los arts. 296, 312 y concs., CCC como imperativo legal de su actuación, garantía que se hace patente en la documentación por percepción analógica de la realidad a representar en su archivo documental. Esa exactitud no puede ser librada al mero interés de los propios interesados en el negocio, y el orden jurídico establece que el notario no puede ejercer su función en actos que otorguen sus parientes en cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o él tenga interés en el negocio (art. 291, CCC) a fin de evitar el abuso o aprovechamiento de la posición en el acto. Las incompatibilidades en el derecho tienden también a garantizar la calidad del datos en concordancia con el art. 4, LPDP.

La labor certificante del notario del dato representado con la realidad analógica percibida por sus sentidos, se reconsidera en el mundo virtual, que en principio se construye con representaciones siempre parciales de la realidad analógica (datos digitalizados)<sup>[171]</sup>, y en base a esa reconstrucción produce datos digitales nuevos a través del tratamiento de otros datos (digitales nativos) que pueden configurar incluso bienes digitales. En esta nueva sociedad digital, el notario como el resto de los ciudadanos percibe a través de dispositivos que aumentan su capacidad de conocer a través de datos digitales más allá que los sentidos naturales, en el fenómeno denominado humanidad aumentada. Puede hacer atestaciones y certificaciones sobre estas realidades virtuales o digitalizadas, -tener como objeto mediato de los actos con bienes digitales- pero su acción se limita a eso, percibir una representación de la realidad.

Esta percepción es de cierta modo siempre mediata a través del dispositivo, se acredita una representación más o menos cierta de la realidad analógica, pero además puede tener entidad por sí misma y su propio valor e interés jurídico, más allá de la realidad representada. La certificación será válida en estos términos como lo es en el mundo analógico la certificación de la reproducción de una fotocopia no firmada (representación de otro documento), en consecuencia, si lo que se necesita certificar es la correlación o certeza entre el dato digitalizado y la realidad analógica que representa se debe volver a la inmediatez de los sentidos humanos naturales, o el acta que constante el modo detallado de ruta seguida para la percepción digital.

#### VII.c.1) La falta de calidad del dato personal en el certificado remoto

En cuanto a los datos personales, en el art. 4 de las Resoluciones 103 y 112 citadas se dice que el certificado notarial remoto puede extractar del documento electrónico (videoconferencia) que la o las personas dicen llamarse de determinado modo, ser titulares del documento de identidad y lugar de su domicilio, siendo una declaración de los intervinientes en el acto documentado. Pero, como vimos, en los requerimientos remotos no firmados, no se acredita la vinculación del sujeto con el acto digitalizado.

El principio de calidad de datos importa que así sea, pues solo su titular es quien puede y debe legítimamente aseverar su certeza en el caso. Una cosa es determinar al titular del dato, es decir, saber a quién se refiere; y otra distinta es identificar a la persona titular en base a datos digitalizados, que en esta certificación remota no se asegura. El notario no hace atestaciones ciertas sobre si quien aparece en las representaciones digitalizadas de audio y video es ella y si está allí, ni controla si quien le requirió se valió de reconstrucciones de previas digitalizaciones de audio y video. No asegura que quien da los datos sea su titular. Solo que percibe la representación digital, de la que infiere que es la o las personas titulares de los datos personales, es decir, no certifica ni autentica que sea el titular el autor de la declaración jurada ante la falta de inmediatez física.

Lo mismo sucede con la exhibición del DNI para acreditar su individualización en los términos del art. 306, inc. a), CCC, donde lo que se le exhibe no es el DNI tarjeta original o la pantalla del celular en que está alojado el DNI credencial virtual, sino su representación digitalizada. Nuevamente el notario no da certeza que esa sea coincidente con la realidad representada. Tampoco lo acredita con el propio documento original hábil, sino que lo que hace es un juicio de valor, en base a datos digitalizados y las demás circunstancias analógicas. Esto solo tiene entonces el valor jurídico de identificación por afirmación de previo conocimiento (art. 306, inc. b), CCC).

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 la 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, no puede basarse solo en datos personales digitalizados.

Las recomendaciones de la Unión Internacional del Notariado en la materia se orienta a que el notario que interviene en actos celebrados u otorgados en forma remota se hagan con una plataforma o aplicación segura de control del notario, y no exclusivo de las partes, lo que permite dar mayor certeza a la calidad del dato personal recolectado, para evitar incongruencias con la realidad y su mayor control por el funcionario imparcial.

El art. 4 de las Resoluciones citadas dice que las partes exhiben el documento físico en que se firma durante la videoconferencia, pero el notario percibe su representación digitalizada, y no su original. Luego pierde la trazabilidad del mismo cuando el propio interesado lo escanea y envía al notario en archivo PDF, quien se desligó de la cadena de digitalización y comunicación que le es ajena, es decir, no certifica todo ello. Atento a lo que la sociedad espera de los efectos jurídicos de un certificado notarial, el uso recomendado por la Unión Internacional del Notariado pretende asegurar la mejor prestación del servicio, permitiendo que el notario sea quien tenga el documento físico a firmar, él lo digitalice y envía para su firma ológrafa, y luego lo reciba manteniendo el control del contenido de los datos personales que no sean alterados en la secuencia de la documentación.

La posible certificación notarial remota debe ser clara para el requirente y sociedad, en cuanto en este primer intento de especial reglamento en la Argentina no importa que el presunto instrumento exhibido esté firmado y no le confiere fecha cierta (art. 317, CCC), carece de la eficacia probatorio del art. 296 CCC, y tendrá la propia establecida en los arts. 314, 1° párr., CCC o 319, CCC según se presente al juez el instrumento físico con firma ológrafa o no de la contraparte. Como bien dicen las resoluciones citadas no importa nunca certificar las firmas, y no tendrá los efectos del art. 314, 2° párr., CCC, por lo que carece de la eficacia de título ejecutivo o ejecutorio.

#### VII.d. Consentimiento informado para la cesión o transferencia de datos personales

La función notarial en principio esta eximida de consentimiento expreso y formal por la finalidad de los datos de su recolección como explicamos en el punto 1 de este ensayo, y por el respeto de la confidencialidad del dato por el marco analógico en que se recepta. La documentación digital, su flexibilidad y facilidad de transferencia, importa un mayor cuidado de los datos personales contenidos según del destino de almacenamiento y tratamiento de estos documentos electrónicos.

##### VII.d.1) El deber de confidencialidad de los datos personales en los Documentos Notariales Digitales

Los documentos notariales digitales, entre los que se incluyen los certificados notariales remotos en soporte electrónico, se generan a partir de aplicaciones informática a cargo y bajo el control exclusivo de los Colegios Notariales, según los procesamientos impuestos por la normativa respectiva sobre la confección de folios notariales en soporte papel o electrónico. La transferencia para este servicio obligatorio [\[172\]](#) para el notario en caso de optarse por la creación de documentos notariales digitales, hace innecesario un consentimiento expreso para ello por el titular del dato por estar comprendido en las excepciones del art. 5, ap. 2, inc. b), LPDP.

Los documentos notariales digitales cumplen con el deber de confidencialidad de los datos personales (art. 10 y 9, LPDP), dado que solo son accesibles a las personas legitimadas a quienes el notario entrega documento digital, y en su caso a las que esta persona entrega el documento dándole acceso al CVS y/o código QR para la

verificación del folio, y su autor: el notario autorizante o interviniente. El acceso al documento mediante su transmisión electrónica importa la autorización al destinatario a ver la aplicación de verificación de folios del Colegio Notarial, que es la misma información a que ha accedido por recepción del documento digital portante. De este modo esta aplicación de verificación no es pública, sino limitada a quienes permite su titular ejecutar al remitir el documento a verificar. Este cuidado se advierte en el procedimiento de consulta para verificación autoimpuesto por el Colegio de Escribanos de la Provincial de Buenos Aires.

Si el Colegio profesional no arbitrase los medios para esta reserva de consulta o verificación a los intervinientes que tienen derecho a recibir el documento notarial digital, el notario, o a aquellos que tienen en su poder los códigos indicados, y pueden acceder otros terceros ajenos al acto documentado sin autorización judicial, el notario deberá contar con el consentimiento informado para la transmisión de los datos personales, pues excedería la finalidad propia del requerimiento que es ser conocido por los intervinientes del acto notarial o a quienes estos faciliten el acceso mediante la remisión del documento digital. El notario de cada jurisdicción deberá observar si la reglamentación del colegio de su matriculación arbitra tales medios a fin de calificar si esta eximido o no del consentimiento informado para la generación de certificados remotos digitales. Va de suyo que debe ser por escrito y firmado con los recaudos del art. 288, CCC.

#### VII.d.2) Transferencia de datos personales y seguridad de la plataforma de videoconferencia a distancia

Los prestadores de servicio de videoconferencias operan con bases de datos en general situadas en países que la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales no admite como seguros para la protección de estos datos. Son pocos los países que satisfacen los estándares tuitivos establecidos por nuestro país, entre ellos están los integrantes de la Comunidad Económica Europea, y en América: Uruguay, México, Perú y Colombia<sup>[173]</sup>. La LPDP, y su Decreto reglamentario 1558/2001, prevén en el art. 12 los requisitos de licitud que deben cumplir los exportadores de datos con carácter previo a transferirlos fuera de la jurisdicción argentina, con la necesidad del expreso consentimiento para ello por el titular.

Esta situación no impone obligación de requerirlo para el certificado notarial remoto por el notario interviniente, que limita su actuación a la certificación de la reproducción del documento electrónico aún cuando esté presente durante su desarrollo, si las partes han elegido la aplicación comunicacional y son ellas mismas los agentes que "suben" la información a una plataforma remota (i-cloud) sobre la que se ejecuta la aplicación.

Las prevenciones legales del notario se hacen confusas cuando él decide la aplicación a utilizar o interviene en la misma certificando hechos representados en datos digitales como percibidos en tiempo presente y ante él, donde asume un rol de administración de la situación, y debería informar a las partes de las consecuencias del tratamiento de los datos personales allí utilizados y exhibidos. En este sentido la ambigüedad del art. 4 de las Resoluciones 103 y 112/2020 del colegio notarial citado, dejan abierta la duda sobre esta obligación del notario, cuando exceda en su labor los límites del art. 96, Ley 404, y pretenda que la misma tenga una aparente acreditación de la vinculación del titular del dato personal con el acto documentado.

#### VII.d.3) Datos sensibles en el documento electrónico reproducido y el certificado notarial remoto

El art. 7.1 LPDP establece la prohibición de la obligación de toda persona de dar sus datos sensibles, especie de datos personales que tienen la potencial discriminación de su titular. El art. 2, LPDP los define como los que revelan el origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a su salud o la vida sexual de la persona. El titular puede consentir de modo expreso su almacenamiento, con la restricción de no poderse con ellos formar archivos que directa o indirectamente los revelen (art. 7.3) y que solo podrán ser transferidos y tratados por razones de interés general previstos por la ley (art. 7.2, LPDP), en general mediante el proceso de disociación del dato con su titular (p.ej. datos estadístico epidemiológico). En el ejercicio de la función notarial tradicional y analógica se cumple con el doble estándar de calidad y protección de estos datos: 1) en el requerimiento firmado para el acto protocolar se tiene el consentimiento de su almacenamiento para esa finalidad específica, y 2) se conserva sin posibilidad de ser revelado más que al limitado número de interesados, solo para el fin requerido, y no se transmite a terceros ni integra ni conforma una base de datos en los términos de los arts. 1, 7 y concs., LPDP. Los mismos estándares de seguridad y confidencialidad se satisfacen en los documentos notariales digitales en general.

Los denominados certificados notariales remotos en particular, tienen por objeto la reproducción de la videoconferencia en que si el notario se limita a tal certificación, tampoco debe hacer prevención especial alguna. Pero si debe el notario probar la vinculación del titular del dato sensible para su uso con el respectivo requerimiento, y si no está firmado, deberá acreditar la ruta del legítimo acceso al documento electrónico, que en la actuación en soporte papel se lo hace con la entrega del documento original.

Diferente será su actuación si interviene en el acto mismo de un modo activo- es decir deja de ser un mero certificante de la reproducción total o parcial del documento electrónico resultante-, su deber de información se incrementa, y deberá documentar la advertencia del necesario consentimiento firmado del titular de revelar datos sensibles, la potencial falta de seguridad de la aplicación elegida para garantizar su confidencialidad y limitaciones de no ser incorporado a otras bases de datos que lo revelen más allá del control de su titular, y la voluntad que pese a ello igualmente decide celebrar el acto. Esta expresa eximición de responsabilidad requiere la firma jurídicamente vinculante, que como vimos no siempre se tiene en el requerimiento remoto.

#### VII.e. Comercio electrónico, datos personales y certificado notarial remoto

La lógica del comercio electrónico lleva a la despersonalización de los términos del intercambio sin la exteriorización de los datos personales en cada contrato electrónico y de la firma como elemento de autoría que se sustituye por la autenticación de claves públicas o usuarios y claves privadas o contraseñas predeterminadas convencionalmente por las partes. Esta lógica de este sector de la comunidad, o mejor dicho en estos ecosistemas digitales, es la que parece pretender abordar la primera experiencia notarial argentina de certificación notarial remota, pero aplicándola a todas las relaciones jurídicas y no solo a las del e-commerce.

Hemos señalado que la forma notarial está reservada a actos o negocios jurídicos que el Estado ha considerado de mayor relevancia para la persona, o en que se requiere un mayor período de reflexión en la formación de la voluntad, o prevenir el daño o perjuicio evidente antes que se produzca evitando el dispendio innecesario de justicia y tener que resolver todo con indemnización posteriores, más que para los actos inmediatos o de breve plazo de cumplimiento, como suele ser en las muchas de las relaciones comerciales.

La actual época de digitalización binaria permite que la realidad analógica, a partir de una representación digitalizada reconstruya una realidad virtual con la suficiente semejanza a la primera que es útil a la persona para el intercambio de bienes y servicios analógicos o digitales. En este nuevo ecosistema digital se desarrolla el comercio electrónico mediante el uso de documentos electrónicos de intercambio, que se imputan a la identidad digital de la persona humana que ella construye y se representa con 0 y 1 (bytes) estableciendo de modo predeterminado las codificaciones de usuario, claves, contraseñas de mayor o menor seguridad según el destino en donde adhiera convencionalmente a cada ecosistema más restringido (fintech, banco, empresa de delivery, oficina virtual de rentas, etc.).

En la lógica del comercio electrónico la persona expone o aporta sus datos personales a su contraparte en la primera relación contractual o convencional, único momento en que registra además datos biométricos o se le exige inmediatez física entre otros requisitos, y se pretende que luego no sea necesaria su utilización que se reemplaza por la "contratación con la cuenta o número de usuario", que para terceros tiene cierta "anonimación". En principio solo las partes acceden a esa creación convencional que renombra a la persona en la relación comercial entre las partes. La protección de los datos personales del titular de la cuenta se retrotraen a esa primera base de datos digitalizados cuando decidió la creación de la cuenta que lo identifica digitalmente.

La relación P2P se representa en el e-commerce como cuenta contra cuenta, y cada cuenta (modo de subjetivación de la persona real en estos ecosistemas digitales) se relación con otras cuentas de contenido patrimonial, cuyo titular es la otra cuenta que constituye la identidad digital a la que se le imputan los derechos y obligaciones en los ecosistemas digitales. Pierde importancia la función de firma como atribuyente de autoría, en cambio, por convencionalidad de la estandarización de términos y condiciones de uso se recurre a ciertos mecanismos de validación de identidad digital a los que se denomina "firma electrónica", "digitalizada o sign pad" u otra autenticación de claves incluso con terceros que no son firma con eficacia jurídica según la caracterización el art. 288, CCC. En el ámbito del comercio analógico también estaba asentado el uso y practica de documentos

no firmados como suficientes para actos tendientes a su celebración y ejecución.

En el espiral aspiracional de estos ecosistemas digitales, basados en la fuente convencional de los "smart contract" en todas sus etapas de automatización de la publicidad, oferta, aceptación, cumplimiento y ejecución del negocio, se llega a la ejecución a primer requerimiento y directa de las prestación, detrayendo el pago de las cuentas de disponibilidad de la cuenta contratante, sin posibilidad de detener el proceso de comercialización y distribución durante el mismo, solo pudiendo hacer reclamos posteriores en caso de cobro o entrega erróneo, deficiente o inexacto de los bienes o servicios y su pago.

En la lógica del comercio electrónico todo intercambio tiene cierta despersonalización a través de las cuentas de identificación digital y cuando el sistema falla o es contrario al derecho se impone su reclamo posterior ante la justicia, organismo de defensa del consumidor o tribunales arbitrales de decisión impuestos en los términos y condiciones de uso de la plataforma de contratación o contrato inteligente, con la posible dispersión de la jurisdicción internacional y ley aplicable.

En este fenómeno comercial se denota la separación de los datos personales en los términos de intercambio (reservándose sólo a la primera vez) se concreta la anunciada comercialización del derecho privado a través de una metodología impensada para sus pregoneros del siglo XX.

La creación o reglamentación de certificados notariales remotos debe tener muy presente esta distinción, dado que no puede prescindir la protección de los datos personales, con la registración por única y primera vez de ellos por separado. Tampoco puede propender a la lógica resarcitoria ex post ajena a nuestro derecho, basado en la justicia preventiva de evitar el daños más que resarcirlo, en que la función notarial se reserva para hechos importantes que imponen la necesidad de ligar con certeza jurídica a la persona del mundo real al ejercicio, defensa y garantía de sus derechos, donde la expresión de sus datos personales para su identificación analógica y contextual en tiempo presente es indispensable. La funcionalidad del orden jurídico no se satisface con la mera certificación de la reproducción, extracto o síntesis de un documento electrónico no firmado.

## **VIII. Consecuencias del ofrecimiento probatorio de documentos notariales gestionados a través de plataformas no seguras<sup>[174]</sup>**

Abordados los aspectos concernientes al ejercicio de la función notarial, nos enfocamos ahora en la posible utilización de documentos notariales gestionados a través de plataformas no seguras, como prueba documental en el marco de un proceso judicial determinado.

Anticipamos al lector que, en este subtítulo, aportaremos -desde la perspectiva del abogado litigante o preventivo- la mirada de quien, seleccionando o pre constituyendo los medios probatorios, aporta la prueba correspondiente al proceso, la que luego será apreciada y valorada por el Juzgador, temática -esta última- que se desarrollará con posterioridad.

### **VIII.a. El abogado, el asesoramiento jurídico, la prueba y el documento**

A partir de la etimología de un vocablo puede conocerse su origen y ensayar una interpretación actual de su sentido y alcance. Se afirma que el vocablo "abogado" proviene de "*advocatus*", y que este último es la contracción de la frase "*ad auxilium vocatus*", lo que significa "*llamado para auxiliar*"<sup>[175]</sup>. Esta afirmación parece anunciar con suficiencia la magnitud de la confianza que un cliente deposita en su letrado cuando le confía la futura gestión de su posición en un proceso en el que se involucran sus intereses. Por consiguiente, esa gestión requiere un análisis pormenorizado y total de su situación jurídica.

Ello amerita la dedicación de algunas líneas al tratamiento de este aspecto y de la vinculación entre el ejercicio de la abogacía y la correcta interpretación de los documentos que puedan, o no, servir como medios probatorios en cada caso particular.

Juzgamos necesario partir de una premisa: constituye un pilar fundamental, para un correcto ejercicio de la abogacía, el constante compromiso con un adecuado y actualizado conocimiento del derecho documental, pues

el abogado -responsable por su asesoramiento y por el "tejido probatorio" con el que rodea la posición procesal de su cliente- debe distinguir nítidamente el tratamiento procesal que merecerá cada documento en el que pretenda sustentarse para rendir la prueba de los hechos alegados por su patrocinado o representado. Desde la primera consulta y hasta la total finalización de su intervención en el proceso judicial, el abogado asume un importante rol como asesor de su cliente. Siempre es oportuno recordar que el asesoramiento jurídico implica, para el abogado, una doble concepción: a) el *derecho* a impartirlo, como prerrogativa inherente al ejercicio de su profesión; y b) el *deber* de hacerlo, pues no debe perderse de vista que, en orden a lo normado en las legislaciones locales que regulan el ejercicio de esta profesión, la observancia de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia se dicten y la actuación leal, proba y de buena fe, constituyen claros deberes que se imponen al letrado[176].

Aun cuando no es el único profesional con incumbencia en la ciencia jurídica, hábil para asesorar (pues también el notario, como es sabido, tiene el deber y el derecho de hacerlo), se distingue en el abogado la concreción de un asesoramiento jurídico *parcial*, esto es, reflexionado, estudiado y abordado para construir una estrategia sustancial y procesal al servicio de los intereses del litigante, sin desconocer -por supuesto- que tal parcialidad no lo exime de su deber de desenvolver su oficio de defensa en un marco de legalidad y estricto respeto al orden público, por su condición de auxiliar de la justicia. En el marco de tal estrategia, las pruebas juegan un rol incuestionablemente protagónico que el letrado jamás debe descuidar.

Por la temática involucrada en este aporte, nos centramos en la *prueba documental*. El concepto de *documento*, como así su equiparación o vinculación semántica con el vocablo "instrumento" han ocupado a la doctrina mundial durante siglos, desarrollando ideas y generando discrepancias cuyo abordaje no responde a los objetivos de este trabajo. Lo que nos ocupa en esta ocasión es la *función representativa* del mismo, que vincula al documento con un hecho representado del que pretende servir de prueba. Por tanto, es menester considerar que la/s parte/s, al representar en un documento el otorgamiento del acto jurídico, lo hará/h por dos posibles motivos: a) porque la ley le/s impone esa forma; o b) porque el otorgante (o los otorgantes, en su caso) así lo han elegido, privilegiando un valor probatorio que asegure su acreditación posterior. Puede decirse, entonces, que quien documenta un acto revela su intención de representarlo con posterioridad.

Los documentos son medios probatorios muy valiosos en la práctica abogadil. Encierran ese valor histórico que retrotrae a las partes y al juez, en un ejercicio de intelecto mental, al momento de la celebración negocial, permitiéndoles "revivir" o "ser espectadores retroactivos" de lo sucedido. Por ello es que una buena técnica en la redacción documental desemboca en una exitosa probanza.

Se sostiene que la prueba documental se presenta entre las que aporta mayor eficacia, no sólo porque representa en su texto, con exactitud, la voluntad del otorgante del acto, sino también por la permanencia y perdurabilidad[177], rasgos éstos últimos que, por supuesto, dependerán de la especie de documento de que se trate.

A diferencia de lo que sucede con otros medios probatorios, la fuente de la prueba aquí es generalmente anterior al proceso, pues en la amplísima mayoría de los casos, el documento lo precede y luego se incorpora a él, integrando la universalidad material del expediente judicial.

Para su aporte al proceso judicial, es necesario que el letrado patrocinante o apoderado desentrañe con claridad la especie de documento frente al cual se encuentra.

Así, entonces, del mismo modo que el letrado actuante deberá conocer que, cuando su cliente acompaña, como prueba documental, un instrumento público, este goza de la eficacia probatoria actualmente prevista en los distintos segmentos del artículo 296 del CCC; será también su compromiso distinguir tal supuesto de los casos en que se acompañan instrumentos de otra especie que, por lo tanto, resultan ajenos al ámbito de aplicación de la norma apuntada y del régimen probatorio que, en su consecuencia, se despliega.

Desde el enfoque de la posición jurídica de la parte litigante -claramente asesorada por su letrado- se plantea la necesidad de rendir suficiente prueba de los hechos alegados para que, en caso de ser éstos últimos controvertidos, puedan ser acreditados ante el juez, logrando el pretendido éxito en la sentencia definitiva.

Si imaginamos, v.gr., el interés de la parte en probar que la contraria ha estampado su firma ológrafa en un instrumento -lo cual implicará la asunción de todas las obligaciones contenidas en él- corresponderá distinguir el instrumento de que se trate, a saber:

1) *Firma estampada en un instrumento público.* La firma habrá sido un hecho auténtico que gozará de plena fe mientras no sea argüido de falso, en orden a lo normado en el artículo 296, inciso "a", del CCC. Es esta la superlativa eficacia probatoria de un instrumento, apoyada en la fe pública que, por su carácter de creencia legal impuesta, se alza frente a la sociedad toda, cediendo sólo frente a la prueba rendida en el referido proceso contradictorio tendiente a desvirtuarla;

2) *Firma inserta en un instrumento privado, en presencia de un notario que ha dado fe de este último hecho.* Estaremos frente a un *instrumento privado con firma notarialmente certificada*, situación que exige distinguir el carácter privado del instrumento continente del acto jurídico en cuestión, que sigue conservando su calidad de tal; y el carácter público de la certificación de la firma, reveladora de una actuación notarial fideifaciente. En este supuesto, nos posicionamos frente a un instrumento privado con firma auténtica[178] y fecha cierta[179];

3) *Firma colocada en un instrumento privado sin que la suscripción del mismo haya ocurrido en presencia de un fedatario con competencia material certificante.* Se trata de una firma cuya autenticidad deberá ser debidamente probada en juicio, si la otra parte ejerce su derecho de desconocerla en la oportunidad procesal correspondiente (esto es, dentro de los plazos previstos en la legislación procesal aplicable para contestar el traslado de la prueba documental).

En los dos primeros supuestos, la firma es un hecho auténtico, de modo que la contraparte no alcanzará a desvirtuar su eficacia probatoria si se limita a desconocer la firma, pues deberá impugnar el instrumento público y, dentro del plazo procesal pertinente, articular el incidente de redargución de falsedad.

En el tercer supuesto, en cambio, el solo desconocimiento de la contraparte de la autenticidad de la firma que se le atribuye, resulta *prima facie* suficiente para controvertir el hecho y requerir la producción de otra prueba que, por supuesto, debió o deberá ser ofrecida por el aportante del documento con carácter subsidiario, pues siendo el interés de este último la acreditación del hecho, es sobre él que pesa la carga probatoria.

Recordado brevemente este panorama, cabe ahora preguntarnos en cuál de estos supuestos ubicamos a los documentos notariales gestionados a través de plataformas digitales no seguras. No vacilamos en afirmar que la apuntada falta de seguridad en la plataforma digital utilizada conlleva a la conclusión de que estaremos en presencia de un instrumento privado cuya firma no es auténtica y que por lo tanto podrá ser desconocido por la persona a quien se le atribuye la misma.

Debemos recordar que, en función de nuestro derecho sustancial y procesal vigente:

- Aquella persona a la cual se le atribuye, en el proceso judicial, la firma de un instrumento privado, debe manifestar si tal firma le pertenece;
- El reconocimiento de la firma inserta en el instrumento privado importa el reconocimiento del contenido de este último;
- El reconocimiento de tal firma puede ser expreso o consecuencia del incumplimiento de la carga procesal de desconocerla en tiempo y forma, con arreglo a la normativa adjetiva que resulte aplicable;
- El instrumento privado, una vez reconocido (o declarado auténtico en la sentencia, o cuya firma esté certificada por notario), no podrá ser impugnado por el reconociente, a menos que alegue y pruebe vicios en el acto del reconocimiento.

Desde este ángulo, no puede asimilarse el valor probatorio de este instrumento al de aquel instrumento privado firmado en presencia de un notario, pues la ya referida falta de seguridad de la plataforma digital no permite

razonablemente tal equiparación.

Por consiguiente, el documento cuyo estudio motiva este aporte puede ser eficazmente desconocido por la contraparte, sin que resulte necesaria la articulación de la redargución de falsedad a los fines de probar prueba contraria.

Es imprescindible comprender que, en la responsable prédica doctrinaria, no nos embarcamos en la turbia tarea de "divinizar" o "demonizar" a las figuras jurídicas cuyo estudio nos proponemos, simplemente pretendemos ubicarlas en su categoría jurídica adecuada para que, desde nuestra labor docente y editorial, estemos en condiciones de llevar el mensaje adecuado a los distintos operadores jurídicos que se involucren en las diversas estaciones de la circulación de este documento. Bien sabemos que ello es el puntapié inicial para que, en consecuencia, éstos brinden un correcto asesoramiento a sus clientes o requirentes.

VIII.b. El examen o análisis documental y el ofrecimiento probatorio desde la perspectiva del abogado del litigante

El sujeto procesal debe fortalecer su situación jurídica construyendo, desde la base, un sólido plexo probatorio, capaz de sostener su narración de los hechos. Incesante jurisprudencia afirma que la alegación de los hechos por la parte, genera sobre esta el peso de la carga de la prueba, en razón de su interés. Tal principio cede en ciertos casos puntuales cuyo tratamiento excede el análisis propuesto en este trabajo[180].

La actuación de la parte en el proceso exige patrocinio o representación de un letrado, a excepción del supuesto en que aquella, con título habilitante, elija actuar profesionalmente en causa propia. En cualquier caso, se garantiza al litigante el asesoramiento jurídico, que incluye el delineamiento de una estrategia adecuada, enderezada hacia el pretendido éxito de las pretensiones del litigante.

En esa tesitura, adquiere particular relevancia la recolección de la prueba, su análisis por el profesional jurídico, su selección, su ofrecimiento oportuno y una adecuada producción para que luego las pruebas rendidas sean justamente valoradas por el Magistrado.

El abogado es responsable del asesoramiento que le imparte a su cliente y, en esa dirección de análisis, debe saber e informar correctamente las ventajas y desventajas probatorias de los distintos instrumentos, como así también el régimen procesal a que está sujeto cada uno de ellos.

Por consiguiente, el letrado -sea patrocinante o apoderado- debe conocer positivamente que un documento notarial gestionado a partir de plataformas digitales no seguras no aporta autenticidad a la firma ológrafa inserta en el instrumento principal. Es imprescindible que esté en condiciones profesionales de calificar nítidamente esta situación para impulsar, en su caso, a este documento, a transitar por los andariveles procesales que le corresponden.

En la tesitura antes señalada, debe advertirse que será necesario el ofrecimiento de medios probatorios subsidiarios para el caso en que la contraparte desconozca la firma inserta en el documento, tales como la prueba pericial caligráfica. Caso contrario, si esto último ocurre, habrá perdido posiblemente la ocasión de probar en juicio la celebración del acto jurídico en cuestión, a menos que, en atención a la naturaleza del proceso y a la legislación procesal aplicable, aún no haya precluido la etapa del proceso para así hacerlo.

La prueba que se ofrezca en subsidio, en estos casos, "pretenderá sostener" al instrumento no auténtico frente al eventual desconocimiento de la contraparte, justamente por la ausencia de fe pública.

En ese orden de ideas, destacamos que la producción de prueba informática que permita la reproducción del intercambio de datos, archivos, imágenes y videos entre el requirente y el notario podrá ser útil en el marco de la amplitud que el artículo 319 del CCC[181] le confiere al juez para apreciar el valor probatorio del instrumento privado; pero -reiteramos- localizamos el supuesto en análisis en un instrumento de esta última especie y no debemos confundirlo con un documento auténtico que pueda "barnizar de fe pública" a hechos que no acaecieron en presencia del notario actuante.

Desde la orilla opuesta, posicionados en el rol del litigante a quien se le atribuye la firma, contraparte de aquél que ofreció este documento como prueba instrumental, le bastará el desconocimiento de la autenticidad de su firma para descalificar el medio probatorio.

Diferente es la situación de aquel otorgante que, habiendo suscripto el documento, en vinculación con la utilización de plataformas digitales no seguras, acompañe el documento al proceso, pues con tal acto procesal habrá tenido lugar el reconocimiento de su firma.

#### VIII.c. El asesoramiento del abogado en una etapa anterior a la celebración del negocio jurídico

Somos fervientes defensores del ejercicio de la profesión abogadil con un perfil amplio dentro del cual la actuación litigiosa se presenta como una sola de las numerosas vertientes de actuación. Resaltamos, desde nuestra actividad catedrática y editorial, las bondades de un abogado que previene el conflicto y genera, en sus clientes habituales, la costumbre de la consulta previa a la celebración negocial. A partir de esa idea, convencidos de que el ejercicio profesional responsable de la ciencia jurídica exige una actuación interdisciplinaria, estamos persuadidos que la actuación notarial optimiza la eficacia probatoria de instrumentos que potencialmente pueden acabar sirviendo de prueba en procesos judiciales, tornando más ventajosa y menos costosa la producción de la prueba y, de ese modo, fortaleciendo la seguridad jurídica y la posición jurídica sustancial y formal de los litigantes.

Es por ello que resulta menester comprender que, en plan de asesorar con anterioridad a la celebración del negocio jurídico, no son equiparables la certificación notarial extendida en el ámbito de una coetánea presencia física entre el notario y el requirente; y la certificación de un instrumento digitalizado y remitido por vía informática a través de canales que no garantizan inalterabilidad alguna, como así de procedimientos en los que no se consolida la certeza de la percepción sensorial de los hechos, a punto tal que éstos estén en condiciones de ser elevados a la superlativa categoría de auténticos.

Por ello es que insistimos en la distinción apuntada, como así en la conveniencia de pre constituir prueba nutriéndonos de documentación auténtica, en la cual no incluimos a los documentos sub examine. El abogado que asesora a su cliente consultante en la faz anterior a la celebración de un negocio jurídico que potencial o seguramente, según sea el caso, acabará siendo apreciado por un juez en un proceso judicial, debe considerar: a) que su cliente emprenderá el camino de la pre constitución de la prueba; b) que, en ese camino, suscribirá un documento que, como tal, asumirá una función representativa de un hecho representado (en nuestro ejemplo, la inserción de una firma con la derivación de sus múltiples consecuencias jurídicas); c) que la autenticidad es el sendero que mejor lo posicionará en el futuro proceso judicial; y d) que a ésta última no se llega por la vía de las plataformas virtuales inseguras. En reiterados eventos académicos, hemos tenido ocasión de sostener que la implementación de tecnología en la función notarial es de superlativo valor en la medida que no se olvide que esta última es la herramienta de la cual se sirve el notario para conferir seguridad jurídica, no así a la inversa.

#### **IX. Algunas consideraciones sobre el valor probatorio de los instrumentos. La incidencia de la tecnología<sup>[182]</sup>**

*"Los juristas deben vivir según la época, para evitar que la época viva sin ellos"*  
Josserand

##### IX.a. Breve reseña del marco normativo

El CCC ha distinguido claramente y con proyección en materia de forma (arts. 286, 1015/1017) y valor probatorio (arts. 296; 314, 317; 319 y 1019/1020) entre los instrumentos a los públicos, los privados y los particulares no firmados (arts. 287 y 290).

En relación a los instrumentos públicos, con mejor redacción que la de los arts. 993/995 del código derogado, el art. 296, CCC mantiene respecto a la eficacia probatoria la distinción entre los hechos auténticos (los hechos cumplidos por el oficial público -escribano o funcionarios públicos- o pasados en su presencia) que hacen plena

fe mientras no sean desvirtuados por querrela de falsedad, y los autenticados con igual efecto respecto a haberse efectuado la declaración pero que en cuanto a su contenido y las enunciaciones directamente relacionadas con el objeto principal del acto instrumentado son atacables por prueba en contrario<sup>[183]</sup>. Eliminó para los instrumentos privados el recaudo del doble ejemplar en las convenciones bilaterales (arts. 1021 a 1025, CC).

En la última categoría, que un sector importante de la doctrina<sup>[184]</sup> consideraba ya presente en los arts. 978 y 1190, CC, se incluyen -art. 287, CCC- tanto documentos escritos (instrumentos en sentido propio) como los que no lo están, entre otros los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y los registros de la palabra y de información en cualquier soporte, que cumplen la genérica función representativa de una manifestación del pensamiento, que caracteriza -a los fines procesales- al documento<sup>[185]</sup>. Y tenemos así documentos que transmiten un mensaje por vía de la escritura - literales- y aquellos otros en los que la representación está dada por signos diversos del alfanumérico usual o por formas, diagramas u otros signos especiales que se consideran no literales, materiales o meramente representativos<sup>[186]</sup>.

Además, por el párr. 2 del art. 286 introdujo el instrumento electrónico como expresión escrita que puede constar en cualquier soporte, con la flexibilidad necesaria para aceptar todas las tecnologías, siempre que, a través de los medios técnicos que las mismas provean, su contenido pueda ser representado con texto inteligible.

En sentido concordante, incorpora la firma digital, ya regulada por la Ley 25506 (Ley de firma digital, en adelante LDF), equiparándola -sin excepciones después de la Ley 27446<sup>[187]</sup>- a la manuscrita, para lo cual deberán quedar asegurados en forma indubitable la autoría e inalterabilidad (art. 288, CCC).

Es decir, receptó la existencia del documento digital y la firma digital reconociéndoles los mismos efectos jurídicos (equivalencia funcional) que tenían el documento en soporte papel y la firma ológrafa<sup>[188]</sup>.

Queda también clara la diferencia entre la utilización de la firma digital o la firma electrónica (conceptualizada ésta por el art. 5 LDF de una manera residual, como todo registro -o documento digital- con clave<sup>[189]</sup>, utilizados por el signatario como medio de identificación, que no cumpla con las condiciones exigidas para las firmas digitales). En nuestra legislación, una aplicación de criptografía asimétrica de clave pública en la que los certificados digitales no sean emitidos por un certificador licenciado es considerada firma electrónica.

En la primera el documento estará firmado y será instrumento privado (art. 287, párr. 1), en el segundo será un instrumento particular no firmado<sup>[190]</sup>, ya que no goza de las presunciones de autoría e integridad (arts. 7 y 8 LDF) y en este sentido será tomado como principio de prueba por escrito (arts. 319 y 1020, CCC)<sup>[191]</sup>.

Con la enumeración y los requisitos que establece de los instrumentos públicos (arts. 289 y 290, CCC), y correlacionado con ello en razón de lo que disponen los arts. 310 a 312 y 314, se cierra definitivamente la discusión que con el art. 979, CC se dio sobre la naturaleza y efectos de las actas y certificaciones notariales.

Para finalizar esta breve referencia al marco normativo sustantivo básico respecto a los efectos probatorios de los documentos, es de señalar que en el art. 314, CCC se condensan distintos supuestos que en el Código vlezano estaban distribuidos en varios preceptos (arts. 1028, 1029, 1031/1033) en cuanto al reconocimiento de la firma y que el art. 317, CCC, en relación al elemento fecha cierta, indispensable para su eficacia frente a terceros, evita el casuismo del art. 1035 CC, que había provocado interpretaciones encontradas sobre su alcance, para aludir simplemente a la ocurrencia de un hecho del que resulte en forma ineludible que el mismo estaba firmado o no pudo ser firmado después, probado por cualquier medio pero con una interpretación judicial rigurosa.

#### IX.b. Valor probatorio de algunas especies - Actas y certificaciones notariales

1) El valor probatorio amplio de los instrumentos públicos y su especie más representativa las escrituras notariales y el efecto que tiene entre las partes una vez reconocidos en forma espontánea o forzosa los instrumentos privados (particulares firmados) y en cuanto a terceros desde su fecha cierta, no requiere a esta altura del desarrollo doctrinario y jurisprudencial ningún comentario.

Ahora bien, resulta necesario formular una aclaración respecto a la equiparación funcional de la firma digital a la firma ológrafa. Si bien a partir de la presunción que establece el art. 7 LFD se produce una inversión en la carga de la prueba, por lo que en el ámbito de la firma digital quien pretenda desconocer esta firma es quien deberá probarlo mientras que con respecto a la firma ológrafa quien pretende atribuir la autoría de un documento firmado es quien debe probarlo, se debe tener en cuenta que, aun tratándose de una firma digital válida, esta podría no haber sido aplicada por su titular.

Sobre esta base, las presunciones de los arts. 7 y 8 de la LFD no le otorgan al documento "plena fe" ni "efectos propios de un instrumento público", como algunos han postulado confundiendo seguridad informática con autenticidad jurídica, sino que es una presunción de autoría que admite cualquier tipo de prueba en contrario y que podría ser planteada tanto por el titular del certificado de firma digital, como por la otra parte. Incluso esa presunción *iuris tantum* de autoría en cabeza del titular del certificado de firma digital, al admitir prueba en contrario (art. 288 Cód. Civ. y Com. y art. 7 LFD), impiden también asimilarla a la firma notarialmente certificada, que no admite prueba en contrario (art. 314 Cód. Civ. y Com.)<sup>[192]</sup>. Y en este sentido hubo un exceso en la reglamentación del Decreto 182/2019 al disponer en su art. 2 que "La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma establecido para la firma ológrafa", que fue subsanada por el Decreto 774/2019 limitando tales alcances a "todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada".

2) Respecto a la categoría de los instrumentos particulares, es decir los no firmados que comprende como ha quedado dicho a los documentos electrónicos que carecen de firma digital, el art. 319, CCC fija para su valoración judicial determinadas pautas no excluyentes: la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Gran parte de estas directivas están orientadas a los documentos electrónicos, cuyo empleo en contratos de consumo también ha sido contemplado en el nuevo ordenamiento (arts. 1106/1107, CCC).

Como dice Ordoñez<sup>[193]</sup> esta disposición implica también un reconocimiento de efectos jurídicos a la firma electrónica, dependiendo la fuerza probatoria que a la misma se le asigne de la mayor confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen a su creación.

Ya en 1986 las II Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal entendieron que la prueba resultante de registros informáticos "puede ser tenida como prueba por escrito" y "debe ser admitida de conformidad con el principio de amplitud y libres convicciones" como una prueba documental. Los "soportes de un sistema computarizado de información prueban contra su dueño, ya sea por su lectura en lenguaje natural, ya por su impresión en papel en tanto sea reconocido o se pruebe la pertenencia a ese sistema", y "En la medida que tales soportes puedan acreditar ser indelebles -lo que corresponderá a las demás pruebas y en especial a la técnica referida a la naturaleza propia del sistema- serán prueba aun a favor de su dueño". "Los demás elementos propios de un sistema informático pueden ser ofrecidos como prueba, quedando su juzgamiento sometido a los principios de la sana crítica, iluminados por la pericia técnica respectiva para apreciar el grado de certidumbre que puedan brindar, en caso de ser cuestionados".

Aun antes del nuevo código, la jurisprudencia<sup>[194]</sup> había expresado: "*Se ha señalado que cuando se trata de documentos que carecen de firma digital a los que no puede otorgarse un valor de convicción por no cumplir con los requisitos de los artículos 2 y 5 de la Ley 25506 sobre "firma digital" puesto que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial de autenticidad (conf., CNCCom., Sala D, 16/2/2007, "Henry Hirschen y Cía. SA c/ Easy Argentina SRL"), no existe impedimento para que se los ofrezca como medio de prueba (Cpr: 378 - 2), considerándose el principio de prueba por escrito como había aceptado la doctrina de los autores antes de la sanción de la citada Ley 25506. Tal valor probatorio se sustenta en las normas del CCiv: 1190, 1191, 1192, pues aunque por no estar firmados no alcancen la categoría de documento privado es admisible su presentación en juicio para probar un contrato siempre que emanen del adversario, hagan verosímil el hecho litigioso y que las restantes pruebas examinadas a la luz de la sana crítica corroboren su autenticidad. Por lo tanto, es decisiva la prueba complementaria que se produzca merituada conforme con los criterios de la sana crítica y conjuntamente con las restantes pruebas del proceso (conf. CNCCom., Sala D, "Bunker Diseños SA c/ IBM Argentina SA", del*

2/3/2010; y numerosas citas allí efectuadas: CNCom., Sala D, 26/9/2006, "Gómez Fabián c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires"; Kielmanovich, J. "Teoría de la prueba y medios probatorios" cap. XI nros. 2. c y 3, págs. 393/398, ed. 2004; Somer, M. "Documento Electrónico" JA 2004-I páginas 1034/1035; Gaibrois, L. "Un aporte para el estudio del valor probatorio del documento electrónico" JA 1993, II, ap. IX, p. 963). De modo que, habida cuenta los elementos de juicio colectados en la causa y la evidente falta de colaboración de la pretensora, sin mengua de reconocer la utilidad que hubiera tenido en el caso la instrucción de prueba pericial informática, coincido con el voto preopinante en cuanto concluyó sobre la validez de tales correos electrónicos".

Y ya vigente el actual "La firma digital y la firma electrónica son nociones que, legalmente, deben distinguirse, pues solo en el primer caso recaería sobre la firma así concebida la presunción iuris tantum de autoría e integridad (arts. 7° y 8° de la Ley 25.506) que, a su vez y de conformidad con el art. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, habilitaría a tener por satisfecho el requisito de la firma y, por lo tanto, ponernos ante un instrumento privado (art. 287 primer párrafo, Cód. Civ. y Com. de la Nación) ... Si la empresa Fintech no ha acompañado con su demanda los instrumentos en los cuales se habría plasmado el contrato de mutuo que pretende ejecutar y solo ha acompañado impresiones de aquellos supuestos instrumentos, las cuales solo podrían ser considerados instrumentos particulares no firmados (art. 287, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación) no susceptibles de habilitar el procedimiento de preparación de vía ejecutiva, corresponde remitir al art. 6° de la Ley 25.506 o el art. 286 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que, ponen en evidencia que aun si se aceptase la preparación de la vía ejecutiva en el caso de la firma electrónica, la manera en que se quiso acreditar la existencia de esa operación ocurrida sobre una plataforma informática, resultó improcedente al no haberse aportado la representación digital de lo ocurrido también sobre una plataforma digital, informática y/o electrónica, en conceptos que, a estos efectos, pueden emplearse indistintamente"[195]. Sobre esto volveré al ocuparme de la prueba electrónica.

3) Prescindiendo de, si con la referencia a que están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, basta para establecer su facción protocolar, la recepción que de las actas como documento notarial efectúa el CCC en sus arts. 310 a 312 ha sido correcta al distinguirlas de las escrituras públicas propiamente dichas por ser el objeto de aquellas la "comprobación y de hechos" que no configuran negocios jurídicos[196] y la división de su contenido en requerimiento y diligencia, con la información y posible intervención del requerido o notificado, receptando el desarrollo previo de la doctrina[197] y legislación[198] notarialista. En relación al valor probatorio, de fundamental importancia dada la finalidad de las actas de comprobación de preconstituir prueba respecto a ciertos hechos, y su condición de instrumentos públicos (art. 289 inc. b) "(...) 1.- El artículo 312 del CCyCN reitera los principios del artículo 296, inciso a), del mismo cuerpo legal, por lo que a estos documentos notariales se les aplica también el valor probatorio de esta última norma. 2.- Los efectos del citado artículo 296, inciso a), se aplican a lo percibido, realizado y narrado por el notario. El valor probatorio de las actas se extiende a lo percibido no sólo por la vista, sino por los demás sentidos"[199].

4) Como ha dicho Orelle[200] la proyección de la autenticación de firmas respecto al acto principal genera una importante oponibilidad, con especial fortaleza entre las partes. Ello en razón de lo que disponía el art. 1026, CC y ahora el art. 314, CCC. Es que al ser un acto público el reconocimiento (sea en forma judicial como notarial), que tiene el efecto secundario de alcanzar al cuerpo del instrumento en sí y no solo a la firma, al implicar la asunción de todas las declaraciones vertidas (arts. 1028, CC y 314 citado), otorgando incluso como fecha cierta la del mismo respecto de terceros, sólo podrá ser impugnado por querrela[201] respecto al acto mismo de reconocimiento. Dada la importancia de ese acto que se formaliza en un instrumento público -la certificación notarial- es necesario que el notario certificante actúe "en los límites de sus atribuciones" (art. 290, inc. a, CCCN) conforme las exigencias formales que exigen las distintas leyes y reglamentaciones notariales y que como mínimo deben asegurar la adecuada identificación del otorgante[202], la declaración de voluntad y la comprobación personal de su otorgamiento. Es así p. ej. que el art. 98 de la Ley 404 CABA dispone: "En los certificados que tuvieren por objeto autenticar firmas e impresiones digitales se hará constar, los nombres y apellidos de los firmantes, el tipo y número de sus documentos de identidad, el medio de identificación de los mismos y que las firmas o impresiones digitales han sido puestas en presencia del notario autorizante" y el art. 171, inc. 4 del Decr-ley 9020/1978 de Bs. As. "Podrán ser objeto de certificación (...) La autenticidad de firmas e impresiones digitales puestas en presencia del notario por persona de su conocimiento".

Cabe preguntarse aquí si esta especie de certificación u otras, tal como ha pretendido el "Reglamento sobre

certificados notariales remotos" que con motivo de la pandemia por el coronavirus COVID-19 implementó el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires por Resolución del Consejo Directivo 103/20 del 2 de abril de 2020 modificada por Res. 112/2020 Acta 4125 del 9 de abril de 2020, pueden ser efectuada en forma remota. Ello como intento de suplir el todavía escasísimo empleo de la firma digital -incluso la electrónica- en la contratación a distancia.

En primer lugar, conviene desde ya dejar aclarado y tener muy presente, para no defraudar la expectativa de seguridad jurídica en cuanto a eficacia probatoria del o los requirentes y evitar las confusiones que en el tráfico jurídico puede generar el que se adose a un instrumento privado o particular un documento notarial, que tal como expresa su propio artículo noveno "el certificado que regula este reglamento no reemplaza en su eficacia a la certificación notarial de las firmas".

Es decir, con su expedición no quedan reconocidas la firmas ni la autoría del instrumento respectivo. Ello es la lógica consecuencia de que lo percibido sensorialmente por el escribano no es otra cosa que la pantalla en la que se registró la videoconferencia, sin poder cerciorarse por la mera exhibición a distancia del documento con los niveles de seguridad adecuados (vgr. reconocimiento facial, datos biométricos) la identificación del otorgante[203] y sin poder comprobarse, al emplearse plataformas informáticas y canales de comunicación no seguros para el envío de la documentación, la concordancia siquiera temporal de lo acontecido y la coincidencia entre el instrumento original y el que le fuera remitido digitalmente.

Pero no solo el escribano recepciona un instrumento particular no firmado, sino que si el mismo es enviado al cocontratante por medios informáticos aunque se haya utilizado la foja de actuación notarial digital (GEDONO) no tendrá en su poder un instrumento firmado, en cuyo caso quedará solo amparado por la previsión del art. 319, CCC. Por lo que incluso es errónea la alusión que hace el propio art. 9no. citado a que podría "tener el valor probatorio que le confiere el art. 314 1er párrafo del CCCN" -que ya de por sí es de muy poca utilidad frente a una prueba pericial caligráfica teniendo en cuenta la complejidad probatoria de múltiples aspectos de posible ataque- si no se cuenta con el instrumento privado (el original).

#### IX.c. La prueba digital

La realidad va imponiendo cada día con mayor vigor que todos los profesionales del derecho (abogados, escribanos y magistrados) internalicen aspectos técnicos de la informática para poder comprender, hacer un correcto encuadre normativo y operar en consecuencia; moviéndose siempre con cautela en un escenario en permanente metamorfosis.

La extensión que exige un tratamiento pormenorizado de los supuestos documentales electrónicos específicos, excede obviamente las pretensiones de este trabajo, por lo que remito a las muy buenas obras que en la materia existen[204], limitándome simplemente a esbozar algunas cuestiones.

En materia probatoria debe tenerse presente que la fuente -la información contenida o transmitida electrónicamente- es compleja, por lo que este medio es distinto a los tradicionales en lo que hace al ofrecimiento, producción, resguardo, impugnación y valoración[205]. La prueba documental (el documento electrónico) del que pretende alguien valerse en su pretensión no siempre estará en poder de las partes (ya sea en el disco rígido o la nube) sino que en múltiples situaciones se alojará en Internet (una página web), en una red social (Facebook, Instagram, Twitter) o la tendrá un tercero (cámara de seguridad). Ello, tratándose siempre de una prueba lícita que no vulnere los principios de privacidad o confidencialidad, obliga a una correcta individualización, preservación, obtención y cadena de custodia para poder comprobar la autenticidad, integridad y veracidad del material y evitar que se deteriore, modifique o destruya.

Cuando se trata de hacer valer un documento electrónico propio, la manera de enfrentar el posible rechazo de integridad consiste en utilizar un sistema informático lo suficientemente seguro que impida cualquier modificación de los documentos almacenados, la reconstrucción del originario o que al menos asegure que de haberse modificado genere una marca o huella que indique que aquel no es fehaciente; lo que facilitará la labor pericial informática, de importancia principal o complementaria en la mayoría de estos conflictos[206].

Si se necesita producir, antes que desaparezca, la evidencia de que en un sitio web se publicó un contenido, existe la posibilidad de producir dicha prueba de forma privada, a través de una constatación notarial, o bien pedir si se exigen alguna colaboración informática especial una prueba anticipada.

Esa constatación gozará de fe pública en lo que respecta a lo que el escribano o el secretario judicial perciba directamente a través de sus sentidos y vuelque en el acta. Lo mismo en relación a los certificados Así respecto al contenido de un CD se dijo que, "no resulta eficaz para tener por auténtico el procedimiento utilizado para reconocer eficacia convictiva al material audiovisual acompañado como prueba. Ello, toda vez que aun mediando certificación notarial, el escribano no estuvo presente en el lugar y en el momento en que se realizaron las supuestas filmaciones, ya que el notario no verificó que la grabación fuera realizada efectivamente en su presencia, ni tampoco procedió a sellar las cintas utilizada, para evitar una previa o ulterior adulteración"[207].

Obviamente las declaraciones que efectúen expertos informáticos o peritos de parte que por la complejidad suelen presenciar la diligencia y de las que se deja constancia en el acta no tienen ese alcance.

En la 40 Convención Notarial Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2013), Tema 2 en relación a tales actas se concluyó: II) Ha de tenerse especial cuidado en la recolección y resguardo de la prueba digital, debiendo ponderarse en cada caso, la eventual necesidad de la colaboración de asesores técnicos informáticos a efectos de acceder a la denominada "metadata" o datos adicionales ocultos a simple vista pero accesibles con conocimientos técnicos, que pueden determinar el emisor de la información y su ruta. Asimismo, se ha aconsejado la utilización de elementos técnicos que resguarden la prueba informática, en forma previa al acceso al ordenador del cual se pretenda extraer la misma ... IV) En la constatación de hechos que surjan publicados en redes sociales, ha de tenerse presente el límite que en todos los casos imponen el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, reconocidos a letra expresa por la Constitución Nacional en sus artículos 18 y 19 y por numerosos tratados internacionales de rango constitucional. V) Es característica esencial de las actas la constatación de hechos; a diferencia de las escrituras, no contienen, por principio, negocios jurídicos. Es en tal virtud que la actuación notarial, que en las escrituras propiamente dichas supone la elaboración de su contenido de modo de adecuar la voluntad de las partes conforme la naturaleza del negocio a efectos de dotarlo de plena eficacia, en las actas, ha de ser meramente pasiva, actuando como mero espectador y relator de lo que ocurre en su presencia. En las actas, el hecho debe quedar desnudo; en ellas el escribano despliega su función a través de la descripción y narración de lo que ve, tal como lo ve. Por ello, son válidas las transcripciones del contenido de páginas web, correos electrónicos, así como cualquier otro documento susceptible de ser objeto de un acta de comprobación o presencia que se encuentre total o parcialmente redactado en idioma extranjero. No es, por tanto, de aplicación la exigencia de la traducción prevista en el artículo 999 del Código Civil para las escrituras propiamente dichas".

Debe tenerse en cuenta también el reconocimiento expreso o tácito que puede resultar de comportamientos subsiguientes y en el proceso respecto de la existencia de mensajes de datos o documentos electrónicos intercambiados.

La captura de pantalla puede servir como prueba indiciaria pero no puede ser jamás el único elemento aislado valorativo-probatorio generador de convicción[208].

Cuando se trata de probar si un mensaje de datos fue enviado o recibido de determinada cuenta, será necesario vincular la misma con la persona a la cual se le atribuye, corriendo a cargo de ésta la prueba de que no estuvo bajo su control[209].

Como se dicho previamente en el plano procesal, la eficacia probatoria de la firma digital y la electrónica son distintas, por las presunciones de autoría e integridad de que gozan las primeras y no las segundas, con una eficacia disminuida, sujeta a la negación -o no- de la misma, lo que hace que ingrese al proceso bajo el carácter de principio de prueba instrumental y se convertirá en un elemento probatorio de carácter indiciario y complejo, dado que requiere de una producción conexa y acumulativa de pruebas para verificar su veracidad, integridad, autenticidad y contenido[210].

Tanto en relación a la misma como para los documentos electrónicos[211] resulta de suma importancia desde la

seguridad informática a los fines probatorios para la preservación y que "técnicamente" puedan ser considerados firmados, conforme las pautas del art. 319, CCC, la figura del "tercero de confianza" que siguiendo experiencias internacionales<sup>[212]</sup> incorporó el art. 36<sup>[213]</sup> del Decreto 182/2019. El término comprende cualquier entidad de confianza de las partes intervinientes para proporcionar un servicio de seguridad, que nació como una derivación de la institución del depositario como receptor de un documento electrónico para su eficaz archivo y conservación. Por la exigencia de licenciamiento previo (art. 37) toda autoridad de certificación es un tercero de confianza pero no todo tercero de confianza es autoridad de certificación.

La certificación efectuada mediante el documento electrónico proporcionado por esas entidades ingresará al proceso como un principio de prueba instrumental, y una vez probada la autenticidad mediante dictamen pericial informático deberá ser considerado instrumento privado<sup>[214]</sup>. O sea "los terceros de confianza en Argentina no otorgan fe pública como un escribano, ni confieren al documento el carácter de instrumento público, sólo podrían certificar y archivar el contenido de las declaraciones de voluntad de las partes o bien certificar la identidad de las partes, pero no son depositarios de fe pública, por lo que la intervención de una autoridad certificante no certifica ni otorga fe pública a un instrumento público ni transforma un instrumento privado en un instrumento público"<sup>[215]</sup>.

#### IX.d. A modo de cierre

La autenticidad y el carácter de permanente, íntimamente asociado a su inalterabilidad, son aspectos esenciales en materia documental, tanto en los aspectos formales como probatorios.

La integridad de la información contenida en cualquier soporte así como su origen indubitadamente identificado, son elementos de particular valor para el tráfico jurídico y en caso de controversia para su incorporación como prueba en el pleito.

Su producción y conservación cuando es electrónicamente presenta diversos inconvenientes inherentes a su propia esencia, siendo tarea no sólo técnica el evitar que pueda ser alterada por una intervención externa sin dejar huella, sino fundamentalmente jurídica dotar a tales instrumentos de las medidas necesarias para que no se vean disminuidos en su seguridad y confiabilidad.

Doy así por concluido este aporte que espero tenga al menos la utilidad de visibilizar los desafíos que plantea el tiempo que ya vino.

### X. Conclusiones finales

Emergencia pública económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, pandemia, principios constitucionales, decretos de necesidad y urgencia, normas de orden público, salud pública, créditos hipotecarios y alquileres prorrogados, emisión monetaria, pérdida del valor intrínseco de la moneda nacional, créditos, afectación de contratos de duración, cesación de la cadena de pagos, prohibición de circular, limitación del derecho de trabajo, de enseñar y aprender, aislamiento, aislamiento administrado, aislamiento focalizado, todo ello y más, caracteriza la cuarentena que estamos transitando para protegernos y proteger a los demás.

Panorama inédito en el mundo y en la República Argentina. Así las herramientas tecnológicas, aparecen con fuerza ante la necesidad social de estar vinculados. Las plataformas no seguras son utilizadas para fines de difusión, comunicación, capacitación y recreativos. De fácil acceso público y gratuito, solo basta contar con conexión a internet, con mayor o menor grado de conectividad para poder utilizarlas. Estas fortalezas de masificación se enfrentan a las flaquezas de su alta vulnerabilidad, posibilitando el fraude y todo tipo de delitos informáticos.

Cuando las relaciones y situaciones de la persona humana o de la persona jurídica necesitan consolidarse en el tráfico negocial, es el propio ordenamiento jurídico nacional que impone para ello el cumplimiento de una forma legal impuesta. Allí aparece el instrumento público y más precisamente la escritura pública que despliega toda su plenitud al ostentar la forma y la prueba inescindiblemente unidas.

El notariado, entonces, tiene un papel preponderante en la existencia, desarrollo y extinción de esas relaciones y situaciones jurídicas que hacen a la seguridad jurídica y la paz social, que viene garantizando en toda sociedad jurídicamente organizada bajo el régimen del notariado de tipo latino por más de quinientos años.

Pero este notariado tradicional, que abastece hoy al setenta por ciento de la población mundial, ha demostrado su adaptabilidad a los cambios que se fueron dando a lo largo de los siglos. Los soportes de la escritura pasaron de la piedra al cuero, al papiro, al papel más moderno y luego la escritura, de la forma manuscrita a medios mecánicos y finalmente computarizados. De manera que, la habilidad de adaptación del notariado está demostrada. Sin embargo, en esta constante adecuación funcional, el notariado nunca ha abandonado el respeto y cumplimiento de los principios y fundamentos del sistema latino que le otorgan al documento que produce su credibilidad coactiva *erga omnes*.

Las experiencias del Derecho Notarial comparado enseñan que el notariado puede adaptarse al uso de las herramientas tecnológicas que, incorporadas al ejercicio de la función pública notarial, le posibiliten alcanzar las mismas calidades documentales que en los casos del soporte papel y el otorgamiento y autorización con intermediación. Esas nuevas herramientas son plataformas seguras de comunicación mediante la utilización de una firma digital y un procedimiento de identificación de los otorgantes y requirentes por medios biométricos o cualquier otro medio que en el futuro se presente como alternativa para garantizar la seguridad jurídica en el ambiente informático.

Si la tecnología empleada no satisface los requerimientos legales para encauzarse dentro del camino de la autenticidad, es fundamental tener claras sus limitaciones, sea en ocasión del acto notarial o bien, con posterioridad cuando se aspire a utilizar este documento como medio probatorio.

Razón por la cual alzamos nuestras voces con respecto a la creación reglamentaria del llamado certificado notarial remoto, como ejemplo excepcional dentro de un ámbito territorial único. Son muchas las falencias que ostenta como resultado último del ejercicio de la función pública notarial como lo hemos expuesto a lo largo de este ensayo. No obstante, es dable destacar dos críticas puntuales. La protección de los datos personales y la apariencia de eficacia que se le pretende atribuir injustificadamente.

La creación o reglamentación de certificados notariales remotos no puede prescindir de la protección de los datos personales, con la registración por única y primera vez de ellos por separado. Tampoco puede propender a la lógica resarcitoria *ex post*, ajena a nuestro derecho, basado en la justicia preventiva de evitar el daño más que resarcirlo. La función notarial se reserva para hechos importantes que imponen la necesidad de ligar con certeza jurídica la persona del mundo real al ejercicio, defensa y garantía de sus derechos, donde es indispensable la expresión de sus datos personales para su identificación analógica y contextual en tiempo presente. La funcionalidad del orden jurídico no se satisface con la mera certificación de la reproducción, extracto o síntesis de un documento electrónico no firmado.

Por su parte, la coexistencia de un instrumento privado, uno particular y un certificado notarial virtual (remoto) en nada modifica la naturaleza jurídica del primero, cuyo valor probatorio está sujeto al reconocimiento de su firma que efectúe aquel a quien se le opone. Esta facción notarial nada agrega y a lo sumo podrá ser interpretada como un simple indicio de la existencia de aquella firma. Aquí está el problema básico de la propuesta analizada, que no podemos eludir, y si se nos permite la aplicación como metáfora de la teoría financiera del costo-beneficio<sup>[216]</sup>, diríamos que el costo para el notariado argentino, de perder la confianza de la sociedad es altísimo e invaluable para poner en riesgo la seguridad jurídica de la comunidad, en beneficio económico de un grupo de notarios que busca soluciones apresuradas en épocas de pandemia. Los usuarios del servicio notarial creen en este documento porque proviene de un notario, por su aparente autenticidad, no por su verdadero valor probatorio. Esta confusión se produce lamentablemente por la publicidad engañosa de los propios notarios, y si esa publicidad proviene de profesionales, que realizan publicidad de sus servicios notariales, el Derecho del Consumidor se aplica con toda su fuerza sancionatoria.

El notario como profesional del derecho a cargo de una función pública es el generador de documentos notariales portantes de fe pública con eficacia privilegiada, calidades a las que su autor no puede abdicar jamás,

ni aun so pretexto de solventar las necesidades de esta una época de emergencia como la actual.

La tarea social que realiza, y vinculada de manera directa con la población, lo convierte en el nexo entre el Estado y la ciudadanía. Es el notario quien se mueve en la esfera de los hechos y quien capta las inevitables mutaciones de la realidad, sus variaciones y evolución. Indudablemente debe incorporar las nuevas tecnologías como herramientas de las cuales nutrirse en su ejercicio funcional, pero diferenciando perfectamente la seguridad jurídica de la seguridad informática.

Entendemos que la seguridad jurídica es la base para el desarrollo social y económico de los pueblos. No hay desarrollo sin seguridad jurídica. La sociedad exige como valores fundamentales en el ordenamiento jurídico no sólo la justicia, la libertad, el respeto a la vida y a la propiedad sino también demanda seguridad. En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos, en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, pueden hacernos caer en el error de creer y afirmar que con ello se logra y obtiene la seguridad jurídica.

Es necesario trabajar en la implementación de las nuevas tecnologías como herramientas para el ejercicio funcional notarial, entendiendo que la meta es desarrollar la relación jurídica notarial entre el requirente y el notario en una plataforma segura, que brinde la posibilidad de autorizar un documento notarial digital que goce de todas las garantías que hoy se brindan desde la confección en soporte papel y en forma presencial, como lo establece el ordenamiento jurídico argentino.

Es necesario innovar sin cambiar la esencia<sup>[217]</sup>.

**[\*]**El presente trabajo ha sido remitido para su publicación y difusión por la Universidad Notarial Argentina (UNA).<sup>[1]</sup>

Capítulo elaborado por Cristina Noemí Armella. Presidenta de la UINL, Abogada y Escribana, Doctora en Derechos Notarial (Universidad Notarial Argentina, UNA), Profesora titular regular por concurso de Contratos Civil y Comerciales y Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UBA). Miembro de número de la Academia Nacional de Notariado. Rectora de la UNA.

**[2]**

La Ley 26122 regula el régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y promulgación parcial de leyes, por medio de la cual se establece la aprobación o rechazo de los mismos por parte del Congreso de la Nacional.

**[3]**

Albania, Alemania, Andorra, Argelia, Argentina, Armenia, Austria, Belarús, Bélgica, Benín, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Camerún, Chad, Chile, China, Ciudad del Vaticano (Estado de la), Colombia, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Federación de Rusia, Francia, Gabón, Georgia, Grecia, Guatemala, Guinea, Haití, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Kosovo, Letonia, Líbano, Lituania, Londres (Reino Unido), Luxemburgo, Madagascar, Mali, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nicaragua, Níger, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Puerto Rico, Quebec (Canadá), República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República de Macedonia del Norte, República de Moldova, República Dominicana, Rumanía, San Marino, Senegal, Serbia, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Vietnam.

**[4]**

Conclusiones del Grupo de Trabajo Nuevas Tecnologías de la UINL. [www.uinl.org](http://www.uinl.org).

**[5]**

Palabras con la que concluyó la directora de esta publicación su discurso de asunción a la Presidencia de la UINL luego de su elección durante la Asamblea General de Estados Miembros, en Yakarta, Indonesia, el 27 de noviembre de 2019.

**[6]**

Capítulo elaborado por Sebastián Justo Cosola.

**[7]**

Cfr. Sánchez Urite, Carlos, Manual de derecho constitucional, Kapelusz, Buenos Aires, 1.967, p. 66.

**[8]**

Cfr. Sagüés, Néstor P., Manual de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2.018, p. 45.

**[9]**

Cfr. Vanossi, Jorge R., Teoría Constitucional, t° I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.013, p. 85.

**[10]**

Cfr. Nino, Carlos S., Fundamentos de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2.013, p. 1.

**[11]**

Cfr. Sagüés, Néstor P., L.L. 1990-D-1036. AR/DOC/5334/2001.

**[12]**

Cfr. Badeni, Gregorio, Tratado de derecho constitucional, T° II, L.L., Buenos Aires, 2.006, p. 1313.

**[13]**

Cfr. Loewenstein, Karl, Teoría de la constitución, Ariel Derecho, Barcelona, 1.986, p. 217.

**[14]**

Cfr. Bidart Campos, Germán J., El derecho de la constitución y su fuerza normativa, Ediar, Buenos Aires, 2.004, p. 86.

**[15]**

Ibídem, p. 88.

**[16]**

V. Del Carril, Enrique H., Prólogo, Cosola, Sebastián J., Fundamentos del Derecho Notarial I- La concreción del método, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.013.

**[17]**

Cfr. Vallet De Goytisolo, Juan B., Manuales de metodología Jurídica, T° III, CGN, Madrid, 2.004, p. 231.

**[18]**

Cfr. Linares Quintana, Segundo V., Derecho constitucional e instituciones políticas, T° I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.970, p. 540.

**[19]**

Cfr. Baeza, Carlos R., Derecho Constitucional, Ábaco, Buenos Aires, 2.006, p. 127.

**[20]**

Cfr. González, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina, Estrada, Buenos Aires, 1.983, p. 109.

**[21]**

La doctrina del control de razonabilidad comienza en nuestro país a partir del caso "Cine Callao". V. Sola, Juan V., Constitución y economía, LexisNexis, Buenos Aires, 2.004, p. 420.

**[22]**

V. Manili, Pablo L., Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema, Astrea, Buenos Aires, 2.017, p. 238.

**[23]**

Cfr. Dalla Vía, Alberto R., Manual de derecho constitucional, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2.011, p. 510.

**[24]**

Ibídem.

**[25]**

Cfr. Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, t° II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2.017, p. 673.

**[26]**

Ibídem, p. 681.

**[27]**

Ídem, p. 690.

**[28]**

Sagües, Néstor P., L.L., 1990-D-1036. AR/DOC/5334/2001.

**[29]**

Cfr. Bianchi, Alberto B., Dinámica del Estado de Derecho, Ábaco, Buenos Aires, 1.996, p. 72.

**[30]**

En cuanto a la posibilidad de circular libremente, y al principio allí previsto que establece que el ejercicio de los derechos por él consagrados no podrá ser objeto de restricciones a no ser que éstas se encuentren previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los

derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. Conf. arts. 12.1 y 12.3 respectivamente.

**[31]**

Que establece que el ejercicio de los derechos a circular y residir en un Estado consagrados en el artículo 22.1 "...no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás". Conf. art. 22.3.

**[32]**

Para ampliar estas interpretaciones en los tratados: Bidart Campos, Germán J., Manual de la Constitución reformada, T° II, Ediar, Buenos Aires, 2.010, p. 359.

**[33]**

A esto se suma lo legítimo y oportuno de presentar algunas dudas iniciales en torno al eminente carácter constitucional de las normas que se van dictando a medida que transcurren los días, teniendo en cuenta las contradicciones, las inaplicabilidades, las incompatibilidades que se generan y en especial, las remisiones que realizan a órganos de inferior jerarquía para que decidan sobre cuestiones de jerarquía eminentemente superior. En definitiva, el intento de proyectar una actuación constitucional en el presente marco es algo sumamente oportuno para la función notarial, además de novedoso.

**[34]**

Sancionada 21/12/ 2019, publicada B.O 23/12/2019. Se delega al PEN una serie de facultades en los términos del art. 76 de la Constitución Nacional, hasta el 31 de diciembre de 2020. El artículo citado es el que recepta la noción de emergencia.

**[35]**

Recordemos que los DNU, antes de la última reforma constitucional y a partir del caso "Peralta" (L.L., 1991-C-158), fueron reputados constitucionales siempre que pudieran justificar una situación de gravísimo riesgo social, una necesidad de decidir la medida tomada, y la no adopción por parte del Congreso de medidas opuestas o contrarias. V. Sagues, Manual de derecho constitucional, Astrea, Buenos Aires, 2.018. p. 331.

**[36]**

El decreto enumera, en el artículo sexto, veinticuatro actividades y servicios que considera esenciales durante el tránsito de la emergencia, exceptuándolas del aislamiento. Al ejercicio de la función notarial en este período le correspondía la interpretación del punto 6, relativo a los casos de actuación por fuerza mayor.

**[37]**

Cfr. Zavala, Gastón A., La actuación notarial en época de pandemia, L.L. Online, AR/DOC/1169/2020.

**[38]**

Cfr. Guariglia, Carlos E., Presunción de constitucionalidad de las leyes, L.L. - Uruguay, Buenos Aires, 2.009, p. 173.

**[39]**

Cfr. Soler, Sebastián, Interpretación de la ley, Ariel, Barcelona, 1.962, p. 167.

**[40]**

Cfr. Vigo, Rodolfo L., *Cómo argumentar jurídicamente*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.012, p. 4.

**[41]**

Cfr. Martínez Paz, Fernando, *Introducción al derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2.005, p. 352.

**[42]**

Ibídem.

**[43]**

Cfr. Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos*, Depalma, Buenos Aires, 2.000, p. 1.

**[44]**

Cfr. Del Vecchio, Giorgio, *Los principios generales del derecho*, Ara Editores, Lima, 2.006.

**[45]**

Cfr. Grajales, Amós A., - Negri, Nicolás, *Argumentación Jurídica*, Astrea, Buenos Aires, 2.014, p. 331.

**[46]**

Cfr. Cianciardo, Juan (Dir.), *Multiculturalismo y universalismo de los derechos humanos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2.008, p. 17.

**[47]**

Para ver un panorama general de la teoría de la interpretación: Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del derecho*, Tº III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.008, p. 109-222.

**[48]**

Cfr. Vigo, Rodolfo L., *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2.004.

**[49]**

Ibídem, p. 118.

**[50]**

Ídem, p. 83.

**[51]**

Ídem, p. 85.

**[52]**

Ibídem, p. 98.

**[53]**

Cfr. Montejano, Bernardino, La argumentación del notario, en PUY MUÑOZ, Francisco- PORTELA, Jorge, La argumentación de los operadores jurídicos, Educa, Buenos Aires, 2.005, p. 86.

**[54]**

Cfr. Serna, Pedro-Toller, Fernando, La interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos, L.L., Buenos Aires, 2.000, p. 10.

**[55]**

Cfr. Cañal, Diana R., El contenido formal y sustancial del derecho: una contradicción aparente (Una mirada desde el derecho del trabajo), Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n° topográfico 253.521/2005, p. 6. (TD).

**[56]**

Ibídem, p. 8.

**[57]**

Cfr. Cianciardo, Juan, El ejercicio regular de los derechos, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.007, p. 281(TD). También del mismo autor Principio de proporcionalidad y concepto de derecho. Una aproximación desde la tesis del positivismo jurídico, Ad Hoc, Buenos Aires, 2.009, p. 57.

**[58]**

Cfr. Clérico, Laura, El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional argentino, Eudeba, Buenos Aires, 2.009, p. 23. (TD).

**[59]**

Cfr. Saggese, Roberto, El control de razonabilidad en el sistema constitucional argentino, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2.010, p. 134 (TD).

**[60]**

Cianciardo, El ejercicio regular..., ob. cit., p. 283; CLERICO, El examen de proporcionalidad..., ob. cit., p. 15; Saggese, El control de razonabilidad..., ob. cit., p. 225.

**[61]**

Saggese, El control de razonabilidad..., ob. cit., p. 60.

**[62]**

Cfr. Dalla Vía, Alberto R., Manual de derecho constitucional, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2.011, p. 504.

**[63]**

Ibídem.

**[64]**

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2.008, p. 67; Vigo, Rodolfo L., Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas, LexisNexis, Buenos Aires, 2.006, p.

306.

**[65]**

V. Recalde, Maria C., El desarrollo como derecho humano, Astrea, Buenos Aires, 2.019 (TD).

**[66]**

Barak, Aharon, Proporcionalidad, Palestra, Lima, 2.017, p. 243.

**[67]**

Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit., p. 524.

**[68]**

Capítulo elaborado por Javier Hernán Moreyra, Karina Vanesa Salierno y Gastón Augusto Zavala.

**[69]**

Armella, Cristina, Clusellas, Gabriel, Cosola, Sebastián, Moreyra, Javier, Salierno, Karina, Spina, Marcela, y Zito Fontan, Otilia, "El Notario. Ciencia, técnica y arte al servicio de las personas más vulnerables". Primer Premio de Investigación Jurídica de la UINL sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados u otros grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad. Yakarta, Indonesia, 2019.

**[70]**

Conforme los Principios aprobados por la Asamblea de Notariados miembros de la UINL en Roma el 8/11/ 2005, el notario es: "Un profesional de derecho, titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos contenidos en los documentos que redacta, así como para aconsejar y asesorar a los requirentes de sus servicios". <https://www.uinl.org/principios-de-la-funcion>

**[71]**

Del voto del doctor Jorge Alterini, CNCiv, Sala C, "Quiroga, Remedios c. Viale, Victoriano", 5/11/1976, LL, 1977-B-174.

**[72]**

Rodríguez Agradados, Antonio, ob. "El notario...", t. II, p. 299.

**[73]**

BO 34.327, 12/03/2020.

**[74]**

BO 34.334, 20/03/2020.

**[75]**

BO 34.350 (Suplemento), 07/04/2020.

**[76]**

BO, 24/04/2020. A partir de esa Decisión, el Ministerio de Gobierno, Derechos Humanos, Trabajo y Justicia de la Provincia de Salta dispuso su aplicación para el Colegio de Escribanos provincial (conf. art. 1, Resol. 184 del 24/4/2020).

**[77]**

BO, 26/04/2020.

**[78]**

Por ej. Dec. 697/2020 (art. 7 inc. 5), BOC 28046 del 27/4/2020. Dec. 362/2020 (art. 1 y ss.) de Río Negro, BORN 5874 del 28/4/2020. Dec. 650/2020 (art. 3 inc. 2) de Santiago del Estero del 27/4/2020.

**[79]**

Pelosi, Carlos. "Naturaleza de la responsabilidad del escribano", en Revista del Notariado, 1970-709-202; Rodriguez Adrados, "El Notario. Función privada, función pública. Su inescindibilidad" en Revista Notarial, 1981-858-1355, y ARMELLA, Cristina, "Función notarial y responsabilidad" en Revista Notarial", 1986-886-411.

**[80]**

Ponencia de la República Argentina en el 29 Congreso Internacional Notarial en Indonesia, Tema I, Vigencia de los Principios del Notariado del SXXI, Yakarta, 2019. [http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta\\_indonesia/es/ponencia\\_y\\_conclusion\\_-\\_tema-1.pdf](http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2019/yakarta_indonesia/es/ponencia_y_conclusion_-_tema-1.pdf) (Consultado el 19/05/2020).

**[81]**

Orelle, José M. en "Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario", pag.195 y ss. Dir. Jorge H. Alterini. Ed. L.L., Bs. As., 2012.

**[82]**

Armella, Cristina N. en "Código Civil y Comercial Notarialmente Comentado", Coord. Eduardo G. Clusellas, pág. 796 y ss. Ed. Astrea, Bs. As, 2015.

**[83]**

Cosola, Sebastián J. en "Código Civil y Comercial Comentado", Dir. Rivera Julio C y Medina Graciela, pág. 706 y ss. Ed. L.L., Bs. As. 2014.

**[84]**

Orelle, José M, op. cit.

**[85]**

Publicada en Diario de Sesiones-Orden del día num.6, del 30 de abril de 2020.

**[86]**

CSJN, "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 12/11/1998, Fallos: 321:2933.

**[87]**

CSJN, "San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional", 05/03/2003, Fallos: 326:417. CSJN, "Santa Cruz, Provincia de y otro c/ Dirección General Impositiva", 21/11/2018, Fallos: 341:1661. CSJN, "Colegio de Escribanos de la Provincia de Bs. As. c/ PEN s/ sumarísimo", 04/09/2018, Fallos: 341:1017.

**[88]**

CSJN, "Sánchez de Oesterheld, Elsa Sara y otros c/ Ediciones Record S.A. s/ nulidad de marca", 10/07/2018, Fallos: 341:774. CSJN, "Magnarelli, César Adrián c/ Misiones, Provincia de y otros s/ cobro de pesos", 30/08/2005, Fallos: 328:3299.

**[89]**

CSJN, "Radiodifusora Mediterránea S.R.L. c/ Estado Nacional -amparo-", 05/11/2002, Fallos: 325:2875.

**[90]**

CSJN, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", CSJ 002148/2015/RH001, 26/12/2019.

**[91]**

Conf. Rodríguez Adrados, Antonio, "La función notarial y los principios y valores constituciones", en Escritos Jurídicos, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, T. II, p. 165.

**[92]**

CSJN, "El principio de la seguridad jurídica constituye una de las bases principales de sustentación de nuestro ordenamiento, cuya tutela innegable compete a los jueces". "Tidone, Leda Diana c/ Municipalidad del Partido de General Pueyrredón", 22/12/1993, Fallos: 316:3231.

**[93]**

"El control encomendado a la justicia requiere inexorablemente que el requisito de la existencia de un 'caso', donde se debata la determinación de un derecho entre partes adversas, fundado en un interés específico, concreto y atribuible en forma determinada al litigante (Fallos: 324:2381 in re 'Raimbault'; 329:1675 in re 'El Muelle Place S.R.L.'). CSJN, "Fernández de Kirchner, Cristina en carácter de presidenta del Honorable Senado de la Nación s/ acción declarativa de certeza", CSJ 353/2020/CS1, 24/4/2020, conf. voto del Dr. Horacio Rosatti. Agrega el Dr. Carlos F. Rosenkrantz en su voto en disidencia parcial que "Tan central resulta la concurrencia de un "caso" que su existencia es comprobable de oficio y en cualquier estado del proceso que, como ha sostenido esta Corte, su desaparición importa también la desaparición del poder de juzgar (doctrina de Fallos: 340:1084; 341:1356; 342:853, entre otros)".

**[94]**

Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, p. 620. Código Civil y Comercial. Zavalía. Buenos Aires. 2014.

**[95]**

Ver Cosola, Sebastián J., Los deberes éticos notariales, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008, p. 353 y ss.

**[96]**

Concluyó el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino (Atenas, 2001) en el Tema II, que el notario debe

ser "... un jurista que no sea un rígido guardián de la norma codificada, sino que sepa convertirse en intérprete de las aspiraciones más auténticas que afloran en el contexto en que se mueve, favoreciendo de esta forma la puesta en práctica de ese derecho natural que se identifica en el deseo de justicia que surge de forma espontánea, y a veces inconsciente, del cuerpo social. Un deseo que el notario podrá colmar en la formación del negocio jurídico, teniendo siempre como puntos de referencia los méritos de los intereses en juego y el respeto constante del bien común y de la sensibilidad moral de la sociedad de la que forma parte."

**[97]**

Conf. Núñez Lagos, Rafael, "Los esquemas conceptuales del instrumento público", Revista de Derecho Notarial, I-II, Madrid, julio - diciembre 1953. Estudios de Derecho Notarial, Madrid, 1986, t. II, p. 5.

**[98]**

Conf. Núñez Lagos, Rafael, "Hechos y derechos en el documento público", Monografías de Derecho Español nº 10, Madrid, 1950. En Estudios de Derecho Notarial, Madrid, 1986, t. I, p. 504. Conf. Rodríguez Adrados, Antonio: "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", Conferencia pronunciada el 8 de noviembre de 1979 en la Academia Granadina del Notariado. En Escritos Jurídicos, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, t. II, p. 304.

**[99]**

Conf. Núñez Lagos, Rafael, "La fe pública", resumen de conferencias pronunciadas en Montevideo y Guatemala en 1956 y 1957 respectivamente, en Estudios de Derecho Notarial, Madrid, 1986, t. I, p. 336.

**[100]**

Una concepción tradicional las circunscribía a la percepción por la visión y audición del notario.

**[101]**

Conf. Pelosi, Carlos A., El documento notarial, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 333.

**[102]**

Conf. Núñez Lagos, Rafael, ob. cit. "Los esquemas...", p. 80.

**[103]**

Conf. Pelosi, Carlos A., ob. cit. El documento notarial, p. 334.

**[104]**

Conf. Fernández Egea, María Ángeles, La jurisdicción voluntaria notarial. Su especial relevancia en el ámbito sucesorio, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2015, p. 124.

**[105]**

BO 34.350 (Suplemento), 07/04/2020.

**[106]**

En concordancia se dispone que todo requerimiento para la certificación notarial de firmas debe instrumentarse mediante acta extendida en un libro de requerimiento (art. 176), que será provisto por el Colegio de Escribanos de la Provincia (art. 177).

**[107]**

El art. 2º del Reglamento del Colegio de Escribanos de CABA establece que el requerimiento de la certificación de firmas podrá ser formalizado en escritura pública, acta extendida en el Libro de Requerimientos o en las hojas especiales que provee el Colegio. (Aprobado por resolución 361/14 del Consejo Directivo, en sesión del 18/09/2014, Acta N° 3913. Modif. por resolución 383/15 del 1º/10/2015, Acta 3951, ratificada por resolución 438/15 del 28/10/2015, Acta 3954).

**[108]**

Etchegaray, Natalio, "Sobrevuelo notarial del Código Civil y Comercial. Escrituras y Actas. Artículos 299 a 312, Revista del Notariado 921 (julio-septiembre 2015). Abril, 2016. <http://www.revista-notariado.org.ar/2016/04/sobrevuelo-notarial-del-codigo-civil-y-comercial-escrituras-y-actas-articulos-299-a-312/> (Consultado el 19/05/2020).

**[109]**

Larraud, Rufino; "Curso de derecho notarial". Depalma Bs. As. 1966.

**[110]**

Ley 404, CAPÍTULO II. Certificados. Artículo 96.- "Los certificados sólo contienen declaraciones o atestaciones del notario y tienen por objeto afirmar de manera sintética la existencia de personas, documentos, cosas, hechos y situaciones jurídicas, percibidos sensorialmente por el notario".

**[111]**

Capítulo elaborado por Esteban Daniel Otero.

**[112]**

Moisset De Espanés, Luis - Márquez, José F., La formación del consentimiento en la contratación electrónica, L.L. 2004-F, 1181 - Derecho Comercial Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 701, Cita Online: AR/DOC/2286/2004

**[113]**

Noriega, Nina N., Contratos inteligentes, contratos electrónicos. Disrupción en el mundo jurídico argentino, Revista de Derechos Reales y Registral - Número 11 - Octubre 2019, Legister, cita online: IJ-DCCCLXII-715.

**[114]**

Grover Dorado, John (h), "Los contratos electrónicos de consumo en el derecho argentino", Ed. El Derecho, pág. 270-641.

**[115]**

Moeremans resume claramente esta evolución cuando explica "Al respecto las opiniones se encuentran divididas. Para un sector lo determinante es la distancia física entre las partes contratantes. Pero, como enseña López de Zavalía, todo dependería de la magnitud de la distancia, ya que ésta existe siempre entre las partes contratantes. Para otro sector lo característico sería el medio comunicante utilizado para expresar la voluntad. Así estaríamos en presencia de una declaración de voluntad entre ausentes cuando ella está contenida en una carta o telegrama y también cuando a pesar de haberse realizado verbalmente, ella es transmitida por un mensajero. Para otra opinión lo importante no es la distancia física, sino la distancia jurídica", Moeremans, Daniel, Manifestaciones de voluntad entre ausentes. Momento del perfeccionamiento de la oferta, L.L. NOA2004

(febrero), 740, Cita Online: AR/DOC/475/2004.

**[116]**

Morea, Adrián, La contratación electrónica como nueva modalidad negocial, IJ Editores - Argentina, 2018, cita online: IJ-DXXXIV-621.

**[117]**

Lorenzetti, Ricardo L., "Comercio Electrónico", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 193.

**[118]**

Manganaro realiza una ilustrativa referencia sobre los antecedentes franceses en la materia. Conf. Manganaro, Pablo, Oferta de donación en el Cód. Civ. de Vélez y en el Cód. Civ. y Comercial de la Nación. Comparación entre fuentes doctrinarias. Revista Aequitas, Nro. 22-2015, Legister, cita online: IJ-XCII-441.

**[119]**

Diez Ormaechea, Roberto, Formación del consentimiento en la contratación electrónica, L.L., DCCyE 2013 (junio), 01/06/2013, 165, Cita Online: AR/DOC/5807/2012.

**[120]**

Borda, Alejandro, Formación del contrato, Revista Iberoamericana de Derecho Privado, Nro. 8, Nov. 2018 - Los Principios Generales del Derecho. Legister. Cita online: IJ-DXLI-174.

**[121]**

Borda, op. cit.

**[122]**

Otero, Esteban D., Situación actual de la oferta de donación como tradicional modalidad de planificación sucesoria, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo: 2019 1 Sucesiones - II, Rubinzal Culzoni, 2019, cita online: RC D 953/2019.

**[123]**

"En contratos entre ausentes, la aceptación de la propuesta debe ser pura y simple porque lo contrario importaría una contraoferta que necesita ser aceptada para conformar el contrato". CNCiv., Sala G, "Ranucci, Alejandro y otro c. Martínez, Oscar S.", 22/11/1983, L.L. 1984-B, 442 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - director: Luis F. P. Leiva Fernández - Editorial L.L., 2002, 43, Cita Online: AR/JUR/3000/1983.

**[124]**

Manganaro, op. cit.

**[125]**

Borda, op. cit.

**[126]**

Otero, op. cit.

**[127]**

Muñoz Barda, Principales cuestiones de la contratación electrónica, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios - Número 9 - Abril 2014, Legister, Cita online: IJ-LXXI-144.

**[128]**

Morea, op. cit.

**[129]**

Molina Quiroga, Eduardo, Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas. eDial.com, 18/7/2013, cita online: DC1AED.

**[130]**

Ceballos Chiappero, Pablo F., Prueba de la manifestación de voluntad por medios electrónicos", El Derecho, Diario, T. 279, 10-09-2018, cita online: ED-DCCLXXVII-478.

**[131]**

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, Sala Primera, 22/05/2014, "Pisanu, Juan Mauro c. Carteluz S.R.L. s/ordinario. Otros", MJJ86592.

**[132]**

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 2/03/2010, "Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A. s/ordinario", L.L. 2010-C, 542; cita online: AR/JUR/12833/2010.

**[133]**

Balbi, Paula, Forma y prueba de los contratos electrónicos, Revista Argentina de Derecho Comercial y de los Negocios, Nro. 22, Julio 2019. Legister. Cita online: IJ-DCCLII-500.

**[134]**

Capítulo elaborado por Mariano Esper.

**[135]**

Zavala Rodríguez, Carlos J., Publicidad comercial. Su régimen legal, Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 1 y ss.

**[136]**

A. Marcellín, La publicité et ses principes, París, p. 15, cit. por Zavala Rodríguez, ob. cit., p. 2, nota a pie de página nº 5.

**[137]**

Consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>

**[138]**

Consultar texto actualizado del referido Código en: <https://www.argentina.gob.ar/anmat/codigoalimentario> (Consultado el 19/05/2020).

**[139]**

Sigal, Martín, comentario al art. 1101, en RIVERA, Julio C.-MEDINA, Graciela (dirs.), ESPER, Mariano (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, t. III "Artículos 724 a 1250", L.L., Buenos Aires, 2014, p. 746.

**[140]**

Zavala Rodríguez, ob. cit., p. 243.

**[141]**

Chamatropulos, Demetrio Alejandro, "La publicidad prohibida y sus subtipos en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2015 (diciembre), p. 229, L.L. Online AR/DOC/4236/2015; en similar sentido, del mismo autor, "La publicidad engañosa en el nuevo Régimen de Lealtad Comercial", Sup. Esp. Comp. Desleal. DNU 274/2019, 2019 (agosto), 08/08/2019, p. 305, cita online AR/DOC/2837/2019.

**[142]**

Tambussi, Carlos E., Incidencias del Código Civil y Comercial. Contratos de consumo, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, ps. 86-87.

**[143]**

Zavala Rodríguez, ob., cit., p. 272.

**[144]**

Ver un amplio análisis de esta exclusión legal en: CHAMATROPULOS, Demetrio Alejandro, "¿Se aplican las normas de defensa del consumidor a los profesionales liberales? Situación en Argentina y el derecho comparado", L.L. Online AR/DOC/1490/2017.

**[145]**

Art. 1093, CCCN: "Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

**[146]**

En el sentido de la supresión parcial del art. 2, segundo párrafo, Ley 24240, ver Schwartz, Liliana, Derecho del consumidor según la Ley 24240 y el Código Civil y Comercial, García Alonso, Buenos Aires, 2016, p. 49.

**[147]**

Lovece, Graciela I., comentario al art. 1102, en Calvo Costa, Carlos A. (dir.), Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado con jurisprudencia, t. II - Arts. 724 a 1377, L.L., Buenos Aires, 2018, p. 384.

**[148]**

Luft, Marcelo E., "El deber de información y las acciones para la rectificación de la publicidad ilícita", L.L., 2017-B-500, L.L. Online: AR/DOC/877/2017.

**[149]**

Sigal, comentario al art. 1102, ob. cit., p. 749.

**[150]**

Capítulo elaborado por Walter César Schmidt.

**[151]**

Al igual que México, Brasil, Alemania, por citar ejemplos de notariados latinos.

**[152]**

A diferencia de España, donde las Comunidades Autónomas poseen autonomía, porque se las ha delegado el Estado Español y no a la inversa como ocurre en Argentina.

**[153]**

A diferencia de México donde el país se divide en 32 estados y cada uno de ellos dicta su propio código civil.

**[154]**

Propuestas del Consejo General del Notariado al Estado Español, relativas a la situación generada por la pandemia del Covid-19.

**[155]**

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000041781728&categorie=Lien=id> (Acceso 26/04/2020).

**[156]**

Art. 1 del Decreto 395/2020.

**[157]**

Que, en Argentina, su equivalente, sería una firma digital.

**[158]**

Art. 1 del Decreto 395/2020.

**[159]**

Es necesario aclarar que Francia reconoce tres clases de firmas: 1)- Firma electrónica simple; 2)- Firma electrónica avanzada; y 3)- Firma electrónica calificada, regulada en el Decreto 1416 del 28 de septiembre de 2017. Para una asimilación a la normativa argentina. Las dos primeras firmas en nuestro país se encuentran contempladas en el concepto de firma electrónica mientras que la última es la que nosotros conocemos como firma digital. Esta clasificación de tres clases de firmas se da en Europa a través del Reglamento de la Unión Europea 910/2014 conocido como Reglamento eIDAS.

**[160]**

No confundir la actuación o función notarial digital con la función notarial electrónica. Esta es un concepto mucho

mas amplio que aquella. La función notarial electrónica es realizada por el notariado de todo el país y comprende todas las funciones que el notario realiza en su carácter de agente de información y de recaudación, tanto, a nivel nacional, provincial como municipal, así como también en su vinculación con las administraciones y reparticiones públicas y privadas a los efectos de cumplir con las normativas que derivan del ejercicio funcional.

**[161]**

El Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, desde el año 2019, se encuentra trabajando en toda su infraestructura tecnológica para brindar folios notariales digitales al notariado provincial. Además, se encuentra desarrollando una integración de sus bases de datos con el Registro de la Propiedad de la provincia, lo que posibilitará que el notario presente el testimonio digital de la escritura para su inscripción y posterior circulación. Se preveía, antes de la declaración de emergencia sanitaria, que la integración se realizara a mediados de este año.

**[162]**

Esta actuación comprende cualquier instrumento privado que haya sido firmado digitalmente por las partes, así como también la expedición de un testimonio con folios digitales o la inscripción de una sociedad por acciones simplificadas (SAS).

**[163]**

No desconocemos que la comunicación por la aplicación whatsapp es encriptada, pero ello no significa que la herramienta sea segura por el mero de tener una comunicación encriptada. A modo de ejemplo para hacer una comunicación segura tanto el requirente como el notario deberían de cerrar todas las sesiones web que tuvieran abiertas, para asegurarse que no hay sesiones abiertas que permitan intromisión. Luego de haber cerrado todas las sesiones es obligatorio abrir una sesión web, a los efectos de no permitir que una tercera persona tenga grabada una apertura de sesión web de nuestro ordenador y pueda escuchar o introducirse en la comunicación. Y aún haciendo esto el notario y el requirente debieran de confiar mutuamente que cada uno de ellos hizo todo este procedimiento lo cual no es posible aseverar.

**[164]**

Capítulo elaborado por Néstor Daniel Lamber.

**[165]**

Peyrano, Walter F - Datos sensibles: perfiles y regulaciones. El impacto del desarrollo tecnológico. EL DERECHO - Boletín Nº 10.651, 13/12/2002 - [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar)

**[166]**

Masciotra, Mario - Protección de datos personales y su integración en el marco de los derechos humanos", [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar), 10/1272018: "A través de los datos se individualiza a la persona y ésta se inserta dentro del mundo jurídico; toda nuestra existencia se halla registrada"

**[167]**

Molina Quiroga, Eduardo - "Protección de datos personales como derecho autónomo. Principios rectores. Informes de solvencia crediticia. Uso arbitrario. Daño moral y material." - Ponencia presentada a la XIV Conferencia Nacional de Abogados "por la plena vigencia de la Constitución Nacional" realizada en la ciudad de Paraná los días 1, 2 y 3 de mayo de 2003. comisión Nº1. - [www.saij.gov.ar](http://www.saij.gov.ar)

**[168]**

CSJN autos: "Catania, Américo Marcial c/ BCRA - (Base de Datos) s/ habeas data", 8/11/2011 - SAIJ: A0072439.- Idídem CSJN. "Napoli, Carlos Alberto c/ Citibank N.A8/11/2011 - SAIJ : A0072441

**[169]**

art. 35, inc. 6 DL 9020/1978 Prov. Bs. As., art. 29, inc. j de la Ley 404 Cdad. Aut. Bs. As.

**[170]**

La Ley 9020 de la Prov. de Bs.As. limita la exhibición del Protocolo a requerimiento del juez o quien tenga interés legítimo con relación al documento, enumerando a los otorgantes, sus representantes o sucesores universales o singulares (art. 150), eximiéndola de los que el notario considere secretos (art. 151) y en el art. 152 prevé que el notario "adoptará las medidas que estime necesarias para que la exhibición no contraríe sus deberes fundamentales o las garantías de los interesados. El art. 105 de su Decreto reglamentario 3887/1998 prevé la exhibición del protocolo para el supuesto del denominado estudio de títulos

**[171]**

Si bien el dato digitalizado de la realidad no es total como sería una grabación analógica, tiene en su simplificación la posibilidad de una reproducción que al ojo humano es suficiente y satisfactoriamente representativa como para tenerlo como real. Con su percepción el ser humano puede obtener los fines para los que lo recabó con bastante certeza y aproximación de la realidad representada.

**[172]**

Ver González Allonca, Juan Cruz y Ruiz Martínez, Esteban - "Cloud Computing: la regulación de la transferencia internacional de datos personales y la prestación de servicios por parte de terceros", p. II, [www.infojus.gov.ar](http://www.infojus.gov.ar), 1/10/2015, quienes explican la distinción en la propia ley según la finalidad de la cesión y transferencia de datos personales para la prestación de un servicio: "...Habrà cesión cuando los datos se transfieran a un tercero para que disponga de ellos a su arbitrio ... Por su parte, la prestación de servicios se refiere al caso en el cual el titular de un banco de datos transfiere toda o parte de la información en su poder a un tercero, para que le preste un servicio de tratamiento determinado contractualmente, conforme a una finalidad específica e instrucciones del responsable, con las medidas de seguridad y confidencialidad requeridas por ley y sin poder ceder los datos a terceros ni aun para su conservación, debiendo destruir o reintegrar la información una vez finalizado el contrato".

**[173]**

González Allonca, Juan Cruz y Ruiz Martínez, Esteban, op.cit.

**[174]**

Capítulo elaborado por Mg. Sebastián E. Sabene.

**[175]**

Trigo Represas, Félix A.; López Mesa, Marcelo J. Tratado de la Responsabilidad Civil. L.L., Buenos Aires, 2004. Tomo II, p. 498.

**[176]**

Se citan a modo de ejemplo: arts. 6º, incisos "a" y "e", y 7º, inciso "a", de la Ley Nacional N° 23187; arts. 56, inciso "b", y 58 de la Ley 5177 de la Provincia de Buenos Aires.

**[177]**

Alsina, Hugo. Tratado teórico-práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Ediar, Buenos Aires, 1961, Tomo III, pág. 394 y ss.; QUADRI, Hernán. La prueba en el proceso civil y comercial. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Tomo II, pág. 760.

**[178]**

CCCN, art. 296, inciso "a": "Eficacia probatoria. 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; (...)".

**[179]**

CCCN, art. 317: "Fecha cierta. La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez".

**[180]**

Mencionamos brevemente que actualmente se ha instalado con éxito, en la jurisprudencia, el criterio de la carga dinámica de la prueba, habiéndose resuelto que: "El concepto de la carga dinámica de la prueba o prueba compartida, hace recaer en quien se halla en mejor situación de aportar los elementos tendientes a obtener la verdad objetiva, el deber de hacerlo" (SCJBA, "P. ,J. H. contra P. S. y o. D. y p.", 15/07/2015, Sumario JUBA B3347364, entre otros precedentes).

**[181]**

CCCN, art. 319: "Valor probatorio. El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".

**[182]**

Capítulo elaborado por Juan José Guardiola.

**[183]**

Abella Adriana N - Regis Ariel en "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado" Eduardo Gabriel Clusellas Coord., Astrea-FEN, CABA 2015 To. 1 p.745 y ss.; Despacho de las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil Comisión n°1 U.N.A. 1991.

**[184]**

D'Alessio, Carlos Marcelo en "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Ricardo L. Lorenzetti Director, Rubinzal.Culzoni, Santa Fe, 2015 To. II p. 117.

**[185]**

Camps, Carlos Enrique, "Derecho Procesal Civil y Comercial eficaz" Erreius, CABA,2018 To. I p. 576.

**[186]**

Quadri, Gabriel H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot Buenos Aires, 2011 To. II p. 764.

**[187]**

Al derogar el art. 4 de la Ley 25506 que excluía 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.

**[188]**

Fernández Delpech, Horacio, "Manual de derecho informático", Ed. Abeledo Perrot, CABA, 2014, p. 284. En una gráfica comparación con los elementos papel y escritura del documento material, se dice que en el documento digital el soporte puede ser electrónico, magnético u óptico y el método de registración que permite fijar la información sobre el soporte, la digitalización, que consiste en convertir la información (texto, fotos, videos, sonido) en dígitos. Esa equiparación hace que ambos compartan la categoría de instrumentos particulares no firmados que tienen desde siempre los primeros. Por esta razón el documento digital por sí solo, sin la firma digital, únicamente podrá servir como forma de los actos jurídicos para los que la ley no exige forma alguna, y constituirá un principio de prueba por escrito en el caso en que cumpla con los requisitos que preveía el art. 1192, párr 2, CC y ahora el 1020, CCC. Ver art. 6, Ley 25506 y Anexo I Glosario. 3 del Decreto reglamentario 2628/2002. Mora, Santiago J. "Documento digital, firma electrónica y digital", L.L. 2014-A, 502.

**[189]**

En la causa 32.242/2004 "Bieniauskas Carlos c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ordinario" 15/05/2008, elDial.com - AA4927, la CNCom Sala D dijo que las claves que se emplean en los cajeros automáticos pueden entenderse como una firma electrónica.

**[190]**

Granero Horacio R. "El expediente digital y la firma digital" en Tratado de Derecho Procesal Electrónico Carlos Enrique Camps director, Abeledo Perrot 2ª ed. CABA 2019 To. I p. 501.

**[191]**

XXXIII Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 2018): "El documento digital firmado digitalmente por un particular es un instrumento privado, mientras que el firmado electrónicamente es un instrumento particular no firmado."

**[192]**

Di Castelnuovo, Franco- 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" Cita Online: AR/DOC/3333/2019, y XXXIII Jornada Notarial Argentina (Bariloche, 2018) "La presunción de autoría que otorga la Ley 25506 a la firma digital no implica considerarla como una firma auténtica, en virtud de que el dispositivo de creación de la firma digital es escindible de su titular".

**[193]**

Ordoñez, Carlos J., "Problemas interpretativos derivados del uso de firma electrónica en el poder judicial. ¿validez o ineficacia de los actos procesales signados en consecuencia?"- ERREIUS - Temas de Derecho Procesal, octubre 2018 - Cita digital IUSDC286160A.

**[194]**

CNCom, Sala F en autos "Ketra SRL c/Omda SA s/ordinario" 13/09/2012 elDial.com - AG2CDD.

**[195]**

Juzg. Nac. De 1ra Instancia en lo Comercial n°23 "Wenance SA c. Gamboa, Sonia Alejandra s/ ejecutivo" 14/02/2020, Cita Online: AR/JUR/135/2020.

**[196]**

Carminio Castagno, José Carlos "Algunas omisiones en el Código Civil y Comercial" Rev. del Notariado N° 924 (abr - jun 2016) Sec. Doctrina.

**[197]**

VIII Jornada Notarial Bonaerense (Necochea 1964); XXVIII Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata 1991); I Jornada Notarial del Foro del Noroeste Argentino (Tucumán 1997); XII Jornada Notarial Cordobesa (Córdoba, 2000); XXXIX Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata 2015): "...15.- Los arts. 310 a 312 receptan la normativa local y práctica en materia de actas". Ver COSOLA, Sebastián Justo "Las escrituras públicas y las actas en el nuevo Código Civil y Comercial" Número Extraordinario de Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. 2015, p. 76 y ss.

**[198]**

Art. 83, Ley 404 conforme texto art. 27 de la Ley 3933 CABA; arts. 158/161, Decr-ley 9020/1979 Bs. As., arts. 57/65, Ley 6200 Entre Ríos; arts. 38/44, Ley 4884 Jujuy; art. 30, Ley 3058 Mendoza etc.

**[199]**

XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata 2017). Ver Armella Cristina N. en "Código..." Astrea-FEN To. 1 cit. p. 820/822.

**[200]**

Orelle José María, "La autenticación de firmas en la República Argentina: estudio comparativo de las normativas provinciales", Academia Nacional del Notariado. Buenos Aires 2007 p. 100 y 107/109.

**[201]**

Somer Marcela Patricia en "La prueba en el proceso civil" Omar L. Diaz Solimine Dir. L.L. CABA 2013 TO. I p. 219; STJ San Luis "Ostoich, Germán c. Lanza, Jaime Arcelio s/ escrituración" 13/02/2020 Cita Online: AR/JUR/7932/2020: "La impugnación formulada por el demandado respecto de dichos instrumentos- instrumento privado que contiene firmas certificadas por Escribano público- resulta improcedente, en tanto no se ha promovido la redargución de falsedad correspondiente y el mismo no puede ser simplemente impugnado y/o desconocido."; CCiv.Com. Lomas de Zamora 63976 RSD-442-7 S 13/12/2007 "Senra Herminia Carmen c/ Prado Alveiro Antonio s/ Daños y Perj" JUBA B25550909 y B2550914.

**[202]**

Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, sala I, 14/12/1981 "de la Cruz Ibáñez, Edgardo M." Cita Online: 2/50870: "Al dar fe de la identidad del firmante de un documento, sin conocerlo ni requerir los mínimos recaudos para identificarlos, resultando luego la falsedad de la firma certificada, el escribano interviniente comete el delito de falsedad ideológica en instrumento público".

**[203]**

Implementando una suerte de "telepersonación" sin siquiera un "servicio de confianza" Ver Llopis Ben, José Carmelo "Blockchain y notarios: confianza analógica y digital" <https://notariabierta.es/blockchain-notarios-confianza-analogica-digital/> (consultado el 19/05/2020) y Guini, Leonor "Nuevas formas de identificación y autenticación en la nueva economía creada por Internet" eIDial.com - DC2509.

**[204]**

Ordoñez, Carlos Jonathan - Bielli, Gastón E. "La Prueba Electrónica - Teoría y práctica" Thomson-Reuters 2019; Quadri, Gabriel H. "Tratado de Derecho Procesal Electrónico" Dir. Carlos Camps cit. To. II

**[205]**

Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos J., "El juez y la prueba electrónica", L.L. 2019-F, 1065; Vaninetti, Hugo A., "Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP", L.L., 2013-C, 374.

**[206]**

Mora art. cit.

**[207]**

CNTrabajo Sala III "Ledesma Walter Javier c/ Interjuegos S.A. s/ Despido" 27/11/2013 eIDial.com AA845E.

**[208]**

Bielli, Gastón E. "Prueba electrónica: incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia" AR7DOC73148/2019.

**[209]**

Sobre los criterios jurisprudenciales respecto de varias de estas cuestiones puede consultarse el minucioso estudio que hace BENDER, Agustín en "La prueba digital. Jurisprudencia y normas del Código Civil y Comercial de la Nación" eIDial DC2461.

**[210]**

Bielli, Gastón E. - Ordoñez, Carlos. J. "Valoración probatoria de documentos suscriptos mediante la tecnología de firma electrónica". Revista "Temas de Derecho Procesal" de Erreius. Setiembre de 2019.

**[211]**

Vgr. para autoría y titularidad de obras intelectuales plasmadas en un sitio web ver Navarro, Guillermo "Es posible el registro de obras en Internet? Validez de Safecreative en Argentina" <https://guillermonavarro.com.ar/2011/05/%C2%BFes-posible-el-registro-de-obras-en-internet-validez-de-safecreative-en-argentina/> (Consultado el 19/05/2020).

**[212]**

La Ley 34/2002 de 11 de julio de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de España.

**[213]**

"Servicios de Confianza. Se entiende por Servicio de Confianza al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: 1. La conservación de archivos digitales. 2. La custodia de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico, contratos electrónicos, y toda otra transacción que las partes decidan confiar a un tercero depositario. 3. La notificación fehaciente de documentos electrónicos. 4. El depósito de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico. 5. La operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales. 6. Los servicios de autenticación electrónica. 7. Los servicios de identificación digital. 8. Otras prestaciones que determine el Ente

Licenciante."

**[214]**

Bielli, Gastón E., "Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. una nueva frontera en materia de probática", L.L., 2019-C, 855.

**[215]**

Guini, Leonor "Análisis y comentarios respecto de la derogación del Decreto Reglamentario N° 2628/02 de firma digital" en elDial.com - DC2726. Llopis, José Carmelo en "Los terceros de confianza y los notarios ¿son lo mismo?" <http://www.notariallopis.es/blog/i/1319/73/los-terceros-de-confianza-y-los-notarios-son-lo-mismo> dice que el tercero de confianza no sustituye al Notario ni aunque hablemos de documentos suscritos con firma electrónica y archivados de manera segura mediante un sistema de cifrado o blockchain; ni tampoco el Notario sustituye al tercero de confianza (Consultado el 19/05/2020).

**[216]**

La relación costo-beneficio es una herramienta financiera que compara el costo de un producto versus el beneficio que este entrega para evaluar de forma efectiva la mejor decisión a tomar.

**[217]**

Armella, Cristina Noemí. Concepto vertido en el discurso de su elección como Presidenta de la Unión Internacional del Notariado, en la ciudad de Yakarta, Indonesia el 27/11/2019.