

Publicado en El Derecho, 15 de Noviembre de 2002

**UNA NUEVA CATEGORÍA DE INSTRUMENTO
JURÍDICO: EL DOCUMENTO DIGITAL FIRMADO
DIGITALMENTE- PARTE III**

**APLICACIÓN Y VALOR PROBATORIO DEL
DOCUMENTO DIGITAL FIRMADO
DIGITALMENTE**

Por: Héctor Mario Chayer, Agustín Guido
Goldfeld y Damián Esteban Ventura¹

III	Aplicación y valor probatorio del Documento Digital Firmado Digitalmente .	2
III.1	Las características del documento digital firmado digitalmente	2
III.2	Restricciones a la aplicación de la Ley 25.506.....	4
III.3	El documento digital como un nuevo tipo de instrumento en el ordenamiento argentino	6
III.3.1	Un ejemplo práctico de la aplicación de las presunciones de autoría e integridad.....	8
III.3.2	La “fecha cierta” de los documentos digitales	9
III.3.3	El alcance de las excepciones del artículo 4º	10
III.3.4	Los efectos jurídicos de los documentos digitales firmados digitalmente:	11
III.4	El valor probatorio de los documentos digitales firmados electrónicamente.	12
III.5	¿Hacia dónde vamos? Potenciales aplicaciones de la firma digital.....	13
III.6	A modo de conclusión	15

¹ Héctor Chayer es profesor de Filosofía y Ciencias de la Educación y abogado, con un Posgrado de especialización en Gestión de Sistemas y Tecnologías de la Información en la Empresa (Univ. Politécnica de Madrid – Cepade). Se desempeña como Profesor de Tecnología aplicada a la Justicia, y Administración y Gestión Judicial (UBA), y Director Académico de Fores – Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia.

Agustín Goldfeld es abogado, Ayudante de Elementos de Derecho Civil (UBA) y Profesor de Derecho Civil I y Sucesiones (UNLZ), investigador de Fores, y se desempeña como Secretario Privado en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en los Civil No 30.

Damián Ventura es abogado, Ayudante de Elementos de Derecho Civil (UBA) y Profesor de Derecho Civil I y Sucesiones (UNLZ), investigador de Fores, y se desempeña como Oficial en el Juzgado Nacional de Primera Instancia en los Civil No 30.

III Aplicación y valor probatorio del Documento Digital Firmado Digitalmente

En el primer artículo de esta serie se dio cuenta de los distintos tipos de instrumentos regulados en el Código Civil: los instrumentos públicos, los instrumentos privados y los particulares propiamente dichos –es decir, instrumentos privados no firmados.

También se precisó que el documento digital, entendido como “representación de datos en código binario que requiere de medios técnicos para su inteligibilidad”, podía ser considerado hasta la sanción de la Ley 25.506 como perteneciente a la última categoría de los instrumentos mencionados en el Código Civil, pero que ninguna duda podía haber acerca de que debía ser incorporado en el concepto amplio de documento brindado por la doctrina procesalista.

Analizamos luego el concepto de la firma, su regulación en el régimen del Código Civil y las funciones que se le atribuyen; asimismo, diferenciamos la firma ológrafa, la electrónica y la digital, deteniéndonos en esta última en un detallado estudio de sus características técnicas y de su novel legislación.

Corresponde, pues, adentrarse en la cuestión del documento digital digitalmente firmado, del que cabe afirmar –sin temor alguno- que se ha constituido como un nuevo tipo de instrumento en la sistemática del ordenamiento argentino.

En efecto, es indudable que la sanción de la Ley de Firma Digital ha venido a modificar sustancialmente el status de los documentos digitales en el ordenamiento jurídico interno.

Es que si hasta hace poco tiempo resultaba discutible la categorización en el derecho interno de los documentos digitales, su valor como prueba y la posibilidad de celebrar por medio de ello actos jurídicos, la Ley 25.506 optó por darle carta de ciudadanía al “documento digital”.

III.1 Las características del documento digital firmado digitalmente

La Ley 25.506 se propuso rodear al documento digital de las mayores seguridades jurídicas, para constituirlo así en una herramienta útil y eficaz para la celebración de negocios jurídicos.

Con tal finalidad como norte, deben eliminarse los prejuicios existentes con relación a este tipo de documentos y así, en primer lugar, dilucidar si puede considerarse que el texto inserto en su soporte distinto al papel cumple con el requisito de la escritura. Este primer paso era indispensable para equiparar el documento digital con los instrumentos regulados en el Código Civil.

En tal sentido, ya se ha dicho que el legislador ha establecido que “...el documento digital satisface también el requerimiento de la escritura...” (artículo 6º, última parte).

Se han planteado también las diferencias entre la firma electrónica² y la firma digital³: se abordarán ahora las características atribuidas a los documentos digitales firmados por los mecanismos y con los requisitos que la ley prevé.

La ley establece en su artículo 3º que “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también quedará satisfecha por una firma digital”, agregando la norma que “este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

Si bien el artículo se refiere a la firma digital, cabe concluir que la equiparación realizada es extensible también a los documentos firmados electrónicamente: puesto que la distinción entre unos y otros –amén de las características técnicas- se refiere a una cuestión probatoria, es dable considerar que una vez acreditada la autoría de la firma electrónica aplicada a un documento digital, también quedará satisfecho el requisito de la firma. Esta deducción es relevante, por cuanto por vía interpretativa concluimos que cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también quedará satisfecha por una firma digital *o electrónica*, pese a la omisión del texto de la ley.

También se han señala dos características esenciales de la firma digital: las presunciones *iuris tantum* de autoría e integridad (artículo 2º, última parte)⁴.

² Según el artículo 5º de la ley, “se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital”.

³ El artículo 2º de la Ley 25.506 señala: “se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”.

⁴ El artículo 7º de la Ley 25.506 dispone, regulando acerca de la primera de las presunciones mencionadas que “se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”. Por su parte, el artículo 8º, en orden a la presunción de

Vale decir que el documento digital firmado digitalmente ofrece garantías adicionales, que no las brinda la firma ológrafa en un documento en soporte papel, y que marcan una fuerte ventaja de la firma digital en orden a la seguridad de las relaciones jurídicas.

El documento firmado electrónicamente, por el contrario, no crea presunción alguna acerca de su autoría, y “en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez” (artículo 5º, última parte), invirtiendo así la carga de la prueba en comparación al documento firmado digitalmente.

Es decir que cuando alguno de los requisitos (ya tratados) que una firma debe reunir para ser llamada firma digital esté ausente, no se estará en presencia de un documento digital firmado digitalmente. Pero ello no impide que, si se tratara de un documento digital asociado a otro documento digital (aunque la norma habla erróneamente de “datos electrónicos” en ambos casos), utilizado este último como medio de identificación por el signatario, se considere que existe un documento digital firmado electrónicamente.

Como es fácil de advertir, la firma digital detenta mayores seguridades que la electrónica, y es por ello que la ley les atribuye distinta virtualidad jurídica.

III.2 Restricciones a la aplicación de la Ley 25.506

La Ley de Firma Digital establece en el artículo 9º que se debe cumplir con determinados requisitos para que la firma digital sea válida:

- ✓ Haber sido creada (es decir, firmado el documento digital con la clave privada) durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- ✓ Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado;

integridad, dice que “si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”.

- ✓ Que el certificado haya sido emitido o reconocido según lo normado en la propia ley.

Pero incluso cumpliendo con dicho recaudos, no todo acto jurídico puede ser celebrado por medio de documentos digitales firmados digitalmente.

En orden a las restricciones para el uso de la firma digital, el artículo 4º de la ley limita la aplicabilidad de las disposiciones de esta ley, excluyendo expresamente de este régimen: “...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 acuerdos de partes”.

La lectura de este artículo arroja serias dudas y no pocos problemas, amén de que es necesario señalar que (como más adelante se fundamentará) la exclusión que se realiza por medio del mismo no importa, en todos los casos, privar de todo efecto al acto instrumentado mediante un documento digital firmado digitalmente, aunque este parecería ser el sentido del texto.

Con relación a los **testamentos** y a los **actos personalísimos** en general, es de presumir que el legislador ha optado por excluirlos para garantizar absolutamente que los mismos fueron realizados por el disponente; ello así, porque el documento digital firmado digitalmente crea una presunción de autoría e integridad que resulta de muy difícil prueba en contrario y, seguramente a fin de evitar posibles inconvenientes, se ha decidido mantener el sistema preexistente.

La solución adoptada en materia testamentaria es válida, y concuerda con el sistema en funcionamiento, que exige una serie de formalidades muy estrictas, llegando a establecer en materia de testamento ológrafo que debe ser escrito de mano del firmante. Sin embargo, los actos personalísimos en general no suelen exigir solemnidades, sino simplemente que se configure un consentimiento expreso; este punto será materia de tratamiento en el título siguiente.

Con respecto a los **actos jurídicos del derecho de familia**, la limitación impuesta resulta excesiva, debiendo haberse circunscripto al aspecto extrapatrimonial del mismo; no se advierte, por ejemplo, cuál puede ser el inconveniente de suscribir digitalmente un convenio de alimentos para requerir luego su homologación.

En relación con el último supuesto de exclusión (“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 acuerdos de partes”), cabe adelantar que el mismo podrá generar ciertas disputas en la doctrina y jurisprudencia: cierto es que hay algunos actos cuyas solemnidades son incompatibles con este tipo de documentos, como - por ejemplo - los títulos circulatorios. Pero cabe advertir que, habida cuenta que el documento digital firmado digitalmente cumple con los requisitos de la escritura y la firma (artículos 2º y 11º de la Ley 25.506), la interpretación acerca de su incompatibilidad deberá efectuarse con carácter restrictivo, atribuyéndole validez al documento en caso de duda: ello, principalmente teniendo en cuenta que ha existido una declaración de voluntad.

Por demás, es de prever que las disposiciones legales específicas que hoy exigen instrumentar ciertos actos de modo incompatible con la firma digital, en los casos que no agregan ningún valor en particular al acto jurídico, irán cediendo y adaptándose gradualmente a esta nueva realidad.

Finalmente, el artículo 23, inciso b), introduce una quinta causal de inaplicabilidad de la firma digital, en cuanto dispone que “un certificado digital no es válido si es utilizado... para **operaciones que superen el valor máximo autorizado** cuando corresponda...”; será necesaria la reglamentación de la ley para conocer dicho valor. Pero cumpliendo el documento digital funciones probatorias, y en línea con las críticas ya expresadas a esta delegación reglamentaria por su carácter inconstitucional, resulta harto cuestionable que sea el Ejecutivo quien determine tal valor máximo.

III.3 El documento digital como un nuevo tipo de instrumento en el ordenamiento argentino

Tal como se adelantó, sostenemos que la nueva ley sancionada en los últimos días de 2001 ha provocado un vuelco en la sistemática de la forma de los actos jurídicos mediante el reconocimiento de los documentos digitales y el valor probatorio que los mismos detentan; ello así, por cuanto - aún cuando la propia ley no lo establezca expresamente- se ha provocado una modificación tácita de las disposiciones del Código Civil en materia de instrumentos privados.

Como ya se ha dicho, el artículo 3º dispone que “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital...”; por su parte, el artículo 11º establece que “los documentos electrónicos firmados digitalmente

y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”.

A poco de comparar estas disposiciones con las que el Código Civil trae en materia de instrumentos privados, y como ya se adelantó, los documentos digitales cumplen hoy con sus requisitos: la firma de las partes y - en los contratos perfectamente bilaterales - el “doble ejemplar”.

Esto permite afirmar que desde la entrada en vigencia de la Ley de Firma Digital⁵, los documentos digitales suscritos por medio de tal procedimiento han de ser caracterizados –cuanto menos- como instrumentos privados.

Pero han adquirido incluso mayor valor probatorio que los documentos privados que se realizan en soporte papel.

En efecto, el artículo 7º de la Ley 25.506 establece una presunción de autoría, conforme a la cual “se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”; por el contrario, en materia de actos contenidos en soporte tradicional, el Código Civil dispone que “todo aquél contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, está obligado a declarar si la firma es suya” (artículo 1031), ordenándose su cotejo “si el que aparece firmado negare su firma, o los sucesores de él declarasen que no la conocen...” (artículo 1033). Es decir que recién cuando “el instrumento privado [sea] reconocido judicialmente por la parte a quien se opone, o declarado debidamente reconocido, [tendrá] el mismo valor que el instrumento público entre los que lo han suscrito y sus sucesores” (artículo 1033).

En materia de documentos digitales firmados digitalmente, el régimen vigente es el contrario: se presume, hasta tanto se demuestre lo contrario, la autoría y la integridad del documento, debiendo aquél al que se le atribuye acreditar, o bien que la firma digital no le pertenece, o bien que el documento digital ha sido modificado (artículo 8º).

En este último aspecto la ley no introduce variaciones con relación al sistema del Código Civil en materia de instrumentos privados, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 1028, “el reconocimiento judicial de la firma es suficiente para que el cuerpo

⁵ Para la entrada en vigencia de la ley es necesaria su reglamentación, particularmente por la necesidad de implementar una completa infraestructura institucional y tecnológica. En tal sentido establece el art. 49º “El Poder Ejecutivo deberá reglamentar esta ley en un plazo no mayor a los 180 (ciento ochenta) días de su publicación en el Boletín Oficial de la Nación.” A la hora de escribirse estas líneas, tal plazo ha sido superado sin haberse producido el reglamento previsto.

del instrumento también quede reconocido”, debiendo quien alega la alteración o la adulteración acreditar dichas circunstancias. Aunque sí existe un mecanismo técnico altamente confiable que permite detectar de modo sencillo y automático la existencia de alteraciones (sean agregados, supresiones o modificaciones) del contenido posteriores a la firma digital del documento, o, en caso contrario, garantizar su integridad.

III.3.1 Un ejemplo práctico de la aplicación de las presunciones de autoría e integridad

A fin de fundamentar la postura expuesta, resulta particularmente interesante analizar la situación que prontamente comenzará a plantearse ante los tribunales, y que deriva de la inoficiosidad del reconocimiento judicial de firma en los casos en que se presenten documentos digitales firmados digitalmente, por las presunciones “*iuris tantum*” de que gozan.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil tiene establecido, mediante un fallo plenario dictado en el año 1954, que el domicilio constituido en instrumento privado, mientras no haya sido reconocida la firma por la persona a la cual se opone o haya sido judicialmente reconocida, es ineficaz para notificar el traslado de la demanda, el que debe realizarse en el domicilio real del demandado⁶. Esta jurisprudencia - que se encuentra vigente- resulta absolutamente adecuada a los principios establecidos por el Código Civil respecto de los instrumentos privados no reconocidos. Ahora bien, ¿que pasaría si el domicilio especial fuera constituido en un documento digital firmado digitalmente?

De acuerdo a lo establecido por los artículos 7° y 8° de la Ley de Firma Digital, el juez debe tener por ciertas - hasta su prueba en contrario- la autoría del titular del certificado digital y la integridad del documento; de allí que quepa concluir que la notificación del traslado de la demanda - en el caso visto- sí debería ordenarse al domicilio fijado contractualmente. La misma solución habrá de adoptarse, por ejemplo, en materia de medidas cautelares, teniendo - en principio- por reconocida la firma a los fines de establecer si mediante el documento digital firmado digitalmente por el demandado queda acreditada la verosimilitud del derecho o el peligro en la demora.

⁶ CN Civ. En pleno, 10/6/54, J.A. 1954-III-273.

III.3.2 La “fecha cierta” de los documentos digitales

También con relación a la fecha cierta de los instrumentos privados, la Ley de Firma Digital puede crear un nuevo régimen para los documentos digitalmente firmados.

El artículo 1034 del Código Civil establece que, aun después de reconocidos, los instrumentos privados no prueban contra terceros la verdad de la fecha expresada en ellos, adquiriendo los mismos fecha cierta el día que suceda alguno de los eventos mencionados en el artículo 1035.

Pese a ello, parte de la doctrina entiende que la fecha cierta “...es aquella que otorga certeza de que el instrumento privado ya estaba firmado al momento de su producción, o no pudo ser firmado después de su acaecimiento (recomendación de las XIas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil)...”⁷; vale decir que, como se prevé en el artículo 294 del Proyecto de Código Civil de 1998, sería “...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”.

Como señala Spota, “la enumeración... del artículo 1035 cabe ampliarla cuando existe certeza de que se está ante circunstancias inequívocas de que el documento adquirió fecha cierta...”⁸.

Esto implica afrontar un nuevo problema: siguiendo esta teoría amplia en orden a la adquisición de fecha cierta con respecto a terceros, nuevas circunstancias antes no previstas pueden atribuir tales efectos al documento firmado digitalmente.

En primer lugar, el estado actual de la tecnología permite que las autoridades certificantes presten un servicio denominado “time-stamping”, por el cual determinan el momento en que han sido firmados los documentos digitales; la Ley 25.506 no prevé tal posibilidad ni instituye al certificador licenciado como fedatario en relación con la fecha de la firma del documento. Aunque el art. 12º, hablando de que la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados digitalmente, plantea como requisito que debe poder determinarse la fecha y hora de su generación, envío y/o recepción.

⁷ Rivera, Julio César, op. cit., pág. 736/737.

⁸ Spota, Alberto G., op. cit., pág. 803.

Si bien podría ocurrir que el Poder Ejecutivo, al reglamentar la ley (conforme lo dispone el artículo 49 de la misma), autorice el “time-stamping”, es menester señalar que ello no resultaría adecuado, por cuanto al tratarse de una cuestión reglada por un código de fondo, corresponde al Congreso Nacional su tratamiento (artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional). Sería recomendable, no obstante, que una futura reforma legislativa, o una ley ampliadora de la Ley 25.506, contemple esta posibilidad.

En segundo lugar, la tecnología también permite - con un alto grado de certeza- establecer la fecha de generación de un documento digital, circunstancia que habrá de ser evaluada en los procesos en los que se plantee alguna cuestión relativa a la fecha del mismo, pudiendo así constituirse como una fuerte presunción de la fecha en que el documento ha sido suscrito.

Por último, de la propia ley surgen algunos elementos que podrán contribuir a los efectos de determinar cuál es la fecha cierta de los documentos firmados digitalmente: así, a guisa de ejemplo, la fecha de revocación de la licencia otorgada por la autoridad de aplicación a un certificador licenciado constituirá una fuerte presunción de que los certificados digitales por él emitidos lo fueron con anterioridad a tal fecha.

III.3.3 El alcance de las excepciones del artículo 4º

Como ya se ha destacado, la propia Ley de Firma Digital establece ciertas excepciones a la aplicación de la firma digital, mencionando el artículo 4º a las disposiciones por causa de muerte, los actos jurídicos del derecho de familia, los actos personalísimos en general, “... 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 de acuerdo de partes” y los actos que superen determinado monto a fijar por la reglamentación (art. 23, inciso b). Ya se ha realizado la crítica correspondiente a estos preceptos. Pero cabe agregar que, aunque en este tipo de actos los documentos digitales no serán útiles a los fines de acreditar “per se” la voluntad del sujeto, no por ello corresponde quitar todo efecto a los actos realizados y encuadrados en estas causales de exclusión. Por el contrario, resultará necesario establecer para cada acto en particular cuál es la formalidad requerida por el ordenamiento jurídico, para luego determinar qué consecuencias jurídicas tendrá haber instrumentado el acto en un documento digital firmado digitalmente pero alcanzado por las exclusiones de la ley.

En materia testamentaria, por ejemplo, ninguna duda cabe que la voluntad expresada de esta manera carecerá de todo efecto jurídico, debiendo ser asimilada a los “testamentos verbales o nuncupativos”, en virtud de que el cumplimiento de las formalidades dispuestas en el Código Civil para este acto de última voluntad encuadra dentro de las denominadas formas solemnes absolutas.

Pero ¿qué pasaría si por medio de un documento firmado digitalmente una persona autoriza a la emisión de su imagen, o a la divulgación de ciertos aspectos de su intimidad?

Ninguna duda cabe acerca de que estos actos pueden ser encuadrados dentro de los que la ley denomina “actos personalísimos en general”: se ha entendido que éstos son aquellos actos que solamente el titular del derecho puede realizar, no pudiendo delegar en otros su otorgamiento.

En efecto, dentro de las características de los derechos personalísimos se menciona su “relativa indisponibilidad”, conforme a la cual, cuando no existe un interés público comprometido, “... el consentimiento de la víctima destruye la punibilidad...”⁹; este consentimiento sólo puede ser expresado, por lo general, por el titular del derecho.

En el caso concreto del derecho a la imagen, el artículo 31 de la Ley 11.723 establece que “el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta ésta, de su cónyuge e hijos...”; vale decir que la autorización para publicar la imagen de la persona - salvo en los casos mencionados en el último párrafo del mismo artículo- debe ser dada por la persona misma. Ahora bien, la ley no exige ninguna formalidad a los efectos de tener por configurado el consentimiento, sino solamente que el mismo sea expreso; de allí que, frente al conflicto que pudiera suscitarse, se trata simplemente de una cuestión de prueba acerca de la existencia o no del consentimiento expreso. Es por ello que, más allá de la regulación efectuada en el artículo 4º, inciso c), de la Ley de Firma Digital, no puede ponerse en tela de juicio que el documento firmado digitalmente ha de constituir una prueba - y muy importante- de la exteriorización de la voluntad del sujeto disponente.

III.3.4 Los efectos jurídicos de los documentos digitales firmados digitalmente:

⁹ Cifuentes, Santos, “Derechos Personalísimos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1995, pág. 187.

Sintetizando lo dicho hasta acá, puede afirmarse respecto a los efectos jurídicos de los documentos digitales firmados digitalmente que:

1. Mientras no se trate de alguno de los actos excluidos por la Ley 25.506, serán instrumentos privados cuya autoría e integridad del contenido, a diferencia de aquellos realizados en soporte papel, se presume hasta tanto se produzca prueba en contrario: vale decir que se constituyen en una especie de documentos intermedios entre el instrumento público y el privado;
2. Si se trata de alguno de los actos excluidos del ámbito de aplicación de la norma, el valor del documento dependerá de las características del mismo, careciendo de todo efecto jurídico si el acto en cuestión es formal solemne (de solemnidad absoluta o relativa), y constituyendo una importante prueba de la voluntad de la persona en los actos jurídicos formales no solemnes o no formales.

Ahora bien, a diferencia de los instrumentos privados que regula el Código Civil, el mecanismo de la firma digital no permite - justamente por el principio de integridad- el otorgamiento de documentos “firmados en blanco”, por lo que cabe concluir que ninguna innovación se ha producido con respecto a éstos, regulados en los artículos 1016 a 1019 de la norma velezana.

III.4 El valor probatorio de los documentos digitales firmados electrónicamente

Con relación a los documentos digitales firmados electrónicamente, es decir, aquellos que carecen de alguno de los requisitos legales para ser considerados como firmados digitalmente (artículo 5º de la Ley 25.506), en lo sucesivo deberán ser asimilados a los instrumentos privados, con la problemática ya analizada respecto a la posibilidad del doble ejemplar.

Ello justamente por cuanto una vez reconocida la firma o acreditada su validez, tiene los mismos efectos que los instrumentos privados, y –en la medida en que ella sea desconocida- corresponderá “... a quien la invoca acreditar su validez...” (artículo 5º, última parte).

Si bien son cuestiones de hecho y prueba, puede aventurarse que en general será difícil la producción de la prueba requerida por la ley. En efecto, ¿cómo acreditar que el documento digital fue efectivamente suscrito por quien aparece firmando electrónicamente?

No podemos dejar de lado que la diferencia entre la firma digital y la firma electrónica reside en que ésta no cumple con los recaudos legales para que se puedan considerar técnicamente segura la presunción de autoría: pero, a diferencia, de la firma ológrafa desconocida, no es posible aquí realizar un simple cotejo sobre el documento (prueba pericial caligráfica) para determinar si la firma pertenece o no a la persona a la que se le atribuye.

Por ello es posible pensar que resultará sumamente difícil acreditar la autoría del documento. Por más que se realice una prueba pericial que determine que el mismo emanó de una determinada computadora, ello no será más que una presunción que el juez tendrá que evaluar junto a las demás pruebas, pero no será determinante; sin embargo, deberá tenerse en cuenta –como elemento probatorio- si la computadora tenía un acceso restringido por claves de seguridad de exclusivo conocimiento del presunto firmante.

En tal sentido, un correo electrónico firmado electrónicamente configurará también una prueba que el juez deberá valorar junto a las demás, pero que deberá constituirse como presunción si para poder enviarlo era necesario el empleo de alguna clave de conocimiento del remitente.

III.5 ¿Hacia dónde vamos? Potenciales aplicaciones de la firma digital

Las TIC's brindan infinitas prestaciones en materia comunicacional, las que, en no mucho tiempo, implicarán una verdadera revolución en la forma de celebrar los negocios jurídicos. Pero también están generando una modificación sustancial en los métodos de archivo y transmisión de la información, tanto en el ámbito privado como en el público.

La mismísima Ley de Firma Digital adelanta algunas de las implicancias que este sistema tendrá en el ámbito jurídico: a modo de ejemplo, el artículo 12º dispone que “la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, también queda satisfecha con la conservación de los correspondientes documentos digitales firmados

digitalmente, según los procedimientos que determine la reglamentación, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío y/o recepción”.

Este precepto permite adelantar que los documentos digitales firmados digitalmente podrán cumplir en un futuro cercano las funciones de los instrumentos públicos¹⁰.

Ya se analizó que el “Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio” acepta la existencia de documentos públicos que no consten en soporte papel. Evidentemente, esto muestra que deberá trabajarse sobre una reforma integral de la regulación de las formas de los actos jurídicos, regulación propia del Código Civil.

En efecto, el artículo 268, inciso e), admite explícitamente la posibilidad de que estos instrumentos se registren en otro soporte que no sea el papel (ya que como recaudo de validez impone que conste en el soporte exigido por la ley o las reglamentaciones), estableciendo que “...los instrumentos generados por medios electrónicos deben asegurar la autenticidad, integridad e inalterabilidad del contenido del instrumento y la identificación del oficial público”; más allá de la confusión conceptual que se evidencia al restringir la aplicación de esta norma a los documentos que instrumenten actos jurídicos producidos por medios electrónicos y excluyendo otros mecanismos presentes o futuros de procesamiento de información, no puede dejar de destacarse la posibilidad que brinda el Proyecto.

La misma norma agrega la obvia necesidad de identificar al oficial público y se aclara que debe asegurarse la integridad y autenticidad del contenido, además de la inalterabilidad, aunque ahora referida al contenido del instrumento. Para este último adjetivo vale lo ya dicho, siendo superfluo a nuestro juicio, pues la integridad del contenido requerida cubre las necesidades. Respecto al aseguramiento de la integridad y autenticidad del contenido, el mecanismo más adecuado, como ya se ha dicho, es el de la firma digital.

Asimismo, el artículo 277, refiriéndose a las escrituras públicas agrega poco: acepta que puedan “utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva el texto resulte estampado en el soporte exigido por las

¹⁰ En tal sentido, el Reglamento 513/97 de la Ley italiana 59/97, establece en su artículo 16.2 que “la autenticación de la firma digital consiste en la atestación por parte del oficial público de que la firma digital ha sido puesta en su presencia por el titular, previo accertamiento de su identidad personal, de la validez de la clave pública y del hecho de que el documento suscrito responde a la voluntad de la parte y no está en contraste con el ordenamiento jurídico...”; este sistema permite acelerar en algunos casos la

reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles”. Nuevamente vuelve a ceñirse exclusivamente a mecanismos “electrónicos” de procesamiento de textos, con prescindencia de otros mecanismos posibles, actuales o futuros, agravado aquí porque sólo habla de “textos”, olvidando la multiplicidad de registros posibles que el artículo 264 enunciaba (registros visuales o auditivos de cosas o hechos, etc.). Esto restringe la inclusión de información no verbal, característica de la era de la información en la que estamos.

Por último, cuando el Proyecto se refiere a los testimonios de las escrituras, allí sí se acierta con las expresiones, ya que se habla de “cualquier medio de reproducción”: así, establece el artículo 285: “El escribano debe dar testimonio de la escritura a las partes. El testimonio puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales”.

III.6 A modo de conclusión

Como se ha acreditado, la sanción de la Ley de Firma Digital está llamada a producir una revolución en todos los ámbitos del ordenamiento jurídico. En esta oportunidad nos hemos referido exclusivamente al impacto que implicará en la celebración de los actos jurídicos, dejando de lado la transformación que este sistema está llamado a generar en materia de la administración pública¹¹ y –muy especialmente– en lo referido a la actividad jurisdiccional¹². Y diversos aspectos de la Ley 25.506 han quedado sin tratamiento, como por ejemplo la firma digital en el Derecho Penal (a partir

celebración de un acto jurídico a distancia con las seguridades de la participación de un notario, pero no agota las posibilidades que las TIC’s brindan.

¹¹ Esta línea de acción la establece el art. 48º, cuando dice “El Estado nacional, dentro de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8º de la Ley 24.156, promoverá el uso masivo de la firma digital de tal forma que posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información y seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización. En un plazo máximo de 5 (cinco) años contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, se aplicará la tecnología de firma digital a la totalidad de las leyes, decretos, decisiones administrativas, resoluciones y sentencias emanados de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el artículo 8º de la Ley 24.156.”

¹² El ejemplo más avanzado lo constituye el Convenio de Comunicación Electrónica Interjurisdiccional, firmado por prácticamente todos los Poderes Judiciales el 6 de setiembre de 2001, que establece la normalización de los nombres de dominio, de las direcciones de correo electrónico de las oficinas judiciales, y que los oficios interjurisdiccionales podrá cursarse de tribunal a tribunal por medio de mensajes de correo electrónico firmados digitalmente. Esta iniciativa, inspirada por el Dr. Germán Garavano, coordinador del Programa Integral de Reforma Judicial del Ministerio de Justicia, y promovida a través de la Junta Federal de Cortes, se encuentra en plena etapa de implementación en seis provincias: Santiago del Estero, Río Negro, Tucumán, Neuquén, Mendoza y San Juan. Cfr. :www.justiciaargentina.gov.ar

del art. 51º) y las cuestiones atinentes a la infraestructura pública y privada prevista, por exceder la línea analítica propuesta.

En lo atinente al tema tratado en este trabajo puede concluirse que asistimos al nacimiento a una nueva categoría de instrumentos, que detentan mayor fuerza probatoria que los instrumentos privados, asimilándose más a los instrumentos públicos que a aquéllos.

La ley sancionada no agota las posibilidades que las TIC's brindan, pero, sin duda, implica un importantísimo avance en orden al reconocimiento jurídico de las posibilidades de las nuevas tecnologías. Avance que debe ser acompañado de nuevas manifestaciones legislativas dirigidas, por un lado, a corregir las imprecisiones en las que se incurriera, y por otro, a ampliar el ámbito de aplicación de estas nuevas realidades tecnológicas.

Pero se trata de avanzar no sólo hacia la adopción formal, en la letra de la ley, de nuevas herramientas para los negocios y la vida jurídica, sino también hacia su vigencia material. Este es el paso más arduo, pues implica la comprensión de sus características técnicas y valor jurídico, para permitir la difusión de su uso por los organismos públicos, las empresas y los ciudadanos.

Es cierto que hasta que la infraestructura institucional y tecnológica no se ponga en pleno funcionamiento, en particular a través de la reglamentación delegada en el Poder Ejecutivo y la efectiva puesta en funcionamiento de las entidades previstas en la ley, no se comenzarán a sentir sus efectos en el tráfico jurídico. Pero es deber del abogado prepararse para, y enseñar a, utilizar en plenitud las herramientas que las normas brindan a fin de favorecer la vida negocial. Esperamos haber hecho un aporte en tal sentido, dejando abierto el sobre esta nueva herramienta jurídica.