

Validez –o no- de los documentos electrónicos sin firma digital en el Código Civil y Comercial de la Nación

Por el Dr. Horacio R. Granero [1]

El Código se pronuncia por la “libertad de formas” con respecto a la expresión de la voluntad (art. 284 CCC), y al referirse sobre la expresión escrita (art. 286 CCC), le reconoce diferentes tipos de “soporte” (papel o electrónico), diferenciando instrumentos particulares *firmados* de aquellos que denomina “*no firmados*” (art. 287 CCC). En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho sólo si se utiliza firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. (Art 288 CCC)

La norma actual reconoce su fuente directa en el artículo 288 del Proyecto de Reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación elaborado por la comisión creada por decreto 191/2011. A grandes rasgos, el artículo actual reproduce literalmente a su fuente con una única salvedad. En efecto, en el proyecto, establecía que “...*En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*”. Como se observa del cotejo de ambos artículos el texto de la norma actual reemplazó los términos “*un método*”, por “*una firma digital*” lo que implica la recepción legislativa de la firma digital a la norma fundamental que rige el derecho privado de los particulares: el Código Civil con vigencia para todos los tribunales del país, tanto nacionales como provinciales. [2]

Ahora la diferencia entre la utilización de firma digital o la firma electrónica es sencilla, **en el primer caso, el documento será firmado, en el segundo, formara parte de los documentos no firmados**. Ello es de vital importancia, especialmente para aquellos documentos que tanto la normativa como la jurisprudencia establecieron que deben estar firmados, y que –en caso de no poseer firma digital de quienes intervienen en su elaboración- puedan ser tenidas como meros “documentos no firmados”, con las consecuencias legales que ello puede traer aparejado. En el caso de las historias clínicas, por ejemplo, la jurisprudencia consideró la necesidad de la firma del documento[3], y en el caso de las informatizadas, la ley 26.529 estableció su alcance [4], derivando luego el decreto reglamentario (1089/2012) directamente a la normativa de la ley 25.506.[5]

Sin embargo debemos mencionar algunas opiniones doctrinarias surgidas recientemente que no comparten esta opinión, considerando que “...*la mención de la firma digital efectuada por el art 288 de la ley 26.994, no es más que una reafirmación del art. 3 de la Ley 25.506/2001 de firma digital, pues ambos indican que la firma manuscrita puede ser reemplazada por la firma digital*” “... *es decir, el nuevo código civil no trae NADA nuevo al respecto de lo normado en la Ley vigente...*”[6]. Esta postura mantiene la validez de la firma electrónica para acreditar la autoría e integridad de los documentos electrónicos.

Esta posición no parecería coincidir con las palabras del mismo Código, cuando en su artículo 2º indica que –en primer lugar- “*la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras*”, y el texto analizado indica claramente que “...*En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento*” y eso fue lo que interpretaron los primeros comentaristas del flamante Código, como ser el propio Ricardo Luis Lorenzetti [7], presidente de la

Comisión redactora, Julio César Rivera [8] y hasta la misma edición oficial distribuida por Infojus (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) dirigida por Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso [9].

En ninguno de los comentarios citados se hace alusión a que el citado artículo 288 del CCC no habría modificado el criterio adoptado hasta este momento: o sea la existencia de dos sistemas aceptados para reconocer la autoría e integridad de los instrumentos generados por medios electrónicos, la firma digital y la electrónica y las consecuencias previstas en el art. 5º de la ley 25.506 que indica que *“en caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”*, circunstancia que no ocurre en la firma digital, en cuyo caso se presume la autoría e integridad del documento (arts. 7, 8 y 10 de la ley 25.506) [10]

La presunción de la titularidad de la firma digital, sumada a la presunción de la firma en cabeza del remitente hacen, en definitiva, a la aplicación del principio de no repudio atribuible a los documentos firmados digitalmente, como lo dispone el art. 288 CCC. De esta manera la norma presume la autoría del sujeto titular del certificado digital correspondiente a la firma digital aplicada al documento, en relación al documento firmado digitalmente. Luego, el principio de presunción de integridad del documento firmado digitalmente encuentra su recepción legislativa en el artículo 8 de la ley, al establecer 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”*.

El Código Civil complementa la norma –no la sustituye-, a nuestro criterio, modificando la aplicación de la Ley de Firma Digital, al referir que el requisito de la firma de un documento electrónico queda satisfecho sólo si se utiliza exclusivamente una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento, negando tal carácter a los documentos que no cuentan con ella, que se convertirían –como se expuso- en documentos *“no firmados”* (art. 287 CCC), con las consecuencias que ello trae aparejado.

Sin perjuicio de ello, los sostenedores de la posición que no acepta este criterio afirman que ello no es así, dado que *“...en materia normativa rige además, un principio de especialidad, por el cual una norma “especial” en el sentido en que regula en forma específica y sistemática una materia (ley de firma digital 25.506) no puede ser derogada tácitamente por una norma de carácter general posterior (Nuevo Código Civil)...”* y, por tal motivo *“... el nuevo Código Civil NO deroga en ninguna de sus partes a la ley 25.506, ni el uso de la firma electrónica. Pues de otra forma el mismo concepto de “firma digital” quedaría vacío de contenido, dado que es la ley 25.506 quien establece qué debemos entender por firma digital...”*. [11]

En cuanto a la pretendida infracción del citado “principio de especialidad normativa” (*lex specialis derogat legi generali*), que ha sido calificado por la doctrina como principio general del Derecho, junto con el de jerarquía (*lex superior derogat legi inferiori*) y el de temporalidad o cronología de las normas (*lex posterior derogat legi priori*), cabe recordar que el mismo es considerado como un criterio tradicional de solución de las antinomias, entendiendo por éstas las contradicciones normativas que se producen cuando, ante unas mismas condiciones fácticas, se imputan consecuencias jurídicas que no pueden observarse simultáneamente. No es el caso en cuestión.

El principio de especialidad normativa —como destaca N. Bobbio— hace referencia a la materia regulada, al contenido de la norma [12], y supone el tránsito de una regla más amplia, que afecta a todo un género —como es en este caso un Código de fondo-, a una regla menos extensa, que afecta exclusivamente a una especie de dicho género —como es una ley nacional de aplicación en las Provincias en caso de adhesión (art. 50 de la ley 25.506). Es decir corresponde analizar la

preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad, sin embargo, *cuando la norma general y la norma especial se encuentran en dos documentos normativos distintos*, lo normal es que se produzcan interferencias entre el principio de especialidad normativa y los principios de temporalidad de las normas o cronológico (*lex posterior*) y jerarquía normativa (*lex superior*), y es aquí *cuando el principio de especialidad normativa debe ceder* prevaleciendo la norma de carácter superior, como es en este caso el Código Civil. Como establece el inc. 12 del art. 75 de la Constitución Nacional, corresponde al Congreso Nacional “...*Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...*” lo que contempla, implícitamente, la facultad regulatoria de los códigos de fondo, con la limitación indicada.

La postura analizada parte de un criterio equivocado cuando considera que negarle hoy valor a la firma electrónica para la firma de documentos electrónicos implica que “*el mismo concepto de firma digital quedaría vacío de contenido*”. Me remito al efecto a los comentarios del Dr. Lorenzetti a este artículo donde prevé la eventualidad de que la ley de Firma Digital se derogara en un futuro o se modificara el procedimiento en un futuro, al indicar que “... *La misma ley equipara los efectos de la firma digital a los de la firma manuscrita (art. 3º). La terminología utilizada en la norma deberá interpretarse inclusiva de cualquier procedimiento que se desarrolle en el futuro que asegure autoría e integridad del documento aun cuando sus características técnicas sea diferentes a la firma digital conocida en la actualidad...*” [13]

Las normas claras no necesitan interpretación, y éste es un caso.

[1] Abogado, Doctor en Ciencias Jurídicas, profesor universitario, miembro de la Comisión Redactora de la Ley de Firma Digital y del Decreto Reglamentario, y Director de la Carrera de Abogado Especialista en Derecho de la Alta Tecnología (UCA)

[2] Consejo Federal del Notariado Argentino, Falbo, Santiago, *Protocolo digital. Nuevas tecnologías y función notarial*

“*Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial*” http://www.cfna.org.ar/biblioteca_virtual/doc/PROTOCOLO%20DIGITAL.%20NUEVAS%20TECNOLOGIAS%20Y%20FUNCION%20NOTARIAL.pdf

[3] “*Las firmas que en ellas se plasman tienen por objetivo dejar constancia en forma instrumental de las manifestaciones de voluntad de los médicos y demás profesionales de la salud frente a sus pacientes. De ser considerado un instrumento privado tiene la exigencia común del art. 1012*”

Código Civil y por lo tanto debe estar firmado” (“K., L. J. s/ Lesiones culposas” Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, P 33038 S - 23-7-1985 elDial - W1C7E)

[4] Artículo 13.- *Historia clínica informatizada. El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma.*

[5] Artículo 13.- *La historia clínica informatizada deberá adaptarse a lo prescripto por la Ley Nº 25.506, sus complementarias y modificatorias*

[6] <http://www.trainsolutions.com.ar/blog/?p=489>[7] Lorenzetti, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, (págs. 120, 121) “... Cuando los cambios tecnológicos permiten prescindir de este soporte (se refiere al papel) es necesario utilizar otros medios para establecer tal vinculación... así la ley 25.506 en su artículo 2º define la firma digital como el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose éste bajo su absoluto control.

[8] Rivera, Julio César “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, (págs. 660, 661) “... La parte final del artículo se refiere a la **firma digital** utilizada en los instrumentos generados por medios electrónicos”

[9] Infojus “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, (págs. 475/76) “...La última parte se refiere a la firma en los instrumentos generados por medios electrónicos; para esos casos establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la **firma digital** en los términos que establece la ley 25.506...”

[10] Dentro de los artículos 7, 8, y 10 de la ley 25.506 hallamos la recepción legislativa de aquellos principios al establecerse los efectos jurídicos que cabe asignarle a la firma digital. Dispone el artículo 7 de la ley: “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”. Luego, con un alcance similar, manda el artículo 10: “Cuando un documento digital sea enviado en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma digital del remitente se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento firmado proviene del remitente”.

[11] Ver nota 2 antes citada.

[12] N. Bobbio: *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., pág. 344.

[13] Lorenzetti, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” citado, (págs. 121)

Citar: elDial DC1FAD

Publicado el: 09/09/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina