

La incorporación de normas de derecho informático en el nuevo Código Civil y Comercial y sus proyecciones en los procedimientos judiciales.

Por Viviana Silvia Torello¹

1. PRESENTACIÓN SINTÉTICA

I. El presente trabajo se centra en determinar de qué manera el nuevo Código Civil y Comercial² regula las cuestiones relacionadas con las nuevas modalidades tecnológicas de comunicación e instrumentación de los acontecimientos -propias del mundo actual-, y su tratamiento en materia de la responsabilidad que pudiera derivarse de dichas prácticas, que son objeto de estudio del llamado **DERECHO INFORMÁTICO**, considerando que se han incorporado diversos artículos que se refieren a aquellas y que, lógicamente, no se encuentran reguladas en el Código Civil, pues este proceso se evidenció en las últimas décadas.

Siguiendo esa línea de exposición, el objetivo de esta presentación es anticipar cuáles serán los posibles efectos que, inexorablemente, se proyectarán sobre los procesos judiciales, especialmente en materia de la producción y valoración de la prueba y en lo que respecta a la aplicación de las normas que fundamenten los decisorios que se dicten a partir del 1° de agosto de 2015, con la entrada en vigencia del nuevo texto legal (art. 7° ley 26.994, modificado por art. 1° ley 27.077) que ha derogado a la anterior norma vigente.

II. Es preciso considerar como principales lineamientos, los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial presentado por la Comisión integrada por los Doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento los objetivos señalados por el decreto presidencial 191/2011, en el que se detalla tanto el método como los principios que inspiran dicho trabajo.

En el **Libro Primero de la Parte General —Título IV, Hechos y actos jurídicos, Capítulo 5, Actos jurídicos—** ha sido asentado el siguiente basamento “... *En cuanto a la forma impuesta, se clasifican las formas*

¹ Abogada (UBA) Docente de grado de la Facultad de Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Profesora de Derecho Informático en la Universidad de José C. Paz. Se desempeña como Secretaria de Juzgado Nacional en lo Civil.

² T. o. por ley 26.994, sancionada el 01/10/2014; promulgada el 07/10/2014; BO 08/10/2014. Fe de erratas, BO 10/10/2014.

clásicas distinguiendo entre formas absolutas, las relativas y las formalidades para la prueba, en lugar de la clásica bipartición entre formas **ad solemnitatem** y **ad probationem**, que resultaba insuficiente, sobre todo a la vista de diversos negocios con forma exigida legalmente cuya no observancia no hace a la validez sino sólo a la producción de sus efectos propios.

Se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, recogiendo a tal efecto la solución del Proyecto de 1998 (art. 263, parte final), que permite recibir el impacto de las nuevas tecnologías.

En lo tocante a instrumentos particulares, la adopta también la solución del Proyecto de 1998, expresada en los arts. 264 y 265. Sin embargo, se ha preferido unificar su tratamiento en un solo texto, que principia por la figura más general del “instrumento particular”. La distinción entre “instrumentos particulares” e “instrumentos privados” se reconoce en el CC, como lo admite pacíficamente nuestra doctrina. La norma proyectada reconoce sus antecedentes en el Proyecto de Código único de 1987 (artículo. 978), en el Proyecto PEN (artículo. 589), y especialmente por su amplitud, en el Proyecto de 1998 (arts. 264 y 265).

En cuanto a la firma su efecto propio es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad, tal como se proyecta. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que ya figuraba en el Proyecto de 1998 y que está en consonancia con la ley 25.506 de firma electrónica, de acuerdo al cual –si bien luego se consignan excepciones- “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

En el **Libro Tercero de los Derechos Personales, Título III, Contratos de Consumo, 1. Método**, se estableció “... hemos decidido incorporar la regulación de los contratos de consumo (...) se propone incluir en el Código Civil una serie de principios generales de protección del consumidor que actúan como una “protección mínima”, lo que tiene efectos importantes...que actúan como núcleo de tutela...”.

En el apartado **5. Modalidades Especiales** se asienta “En este capítulo se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: Contratos celebrados fuera de los establecimiento comerciales, celebrados a distancia y celebrados por medios electrónicos. Se los define, se fijan reglas generales aplicables y se establecen

algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, y que son las siguientes: El deber de información enfocado a la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado. La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación. El derecho de revocación. El lugar de cumplimiento es aquél en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción... Finalmente se establecen facultades judiciales...”.

III. En miras de una mejor ilustración del tema planteado, resulta necesario efectuar una breve reseña en torno a los antecedentes que motivaron el surgimiento de esta llamada “rama no autónoma del derecho”, que analiza el conjunto de normas, jurisprudencia y doctrina que regula todas aquellas cuestiones relacionadas con las áreas y temáticas específicas en las que se desarrolla el medio informático, en su expansión y la aplicación de los instrumentos electrónicos, que nace como consecuencia de un proceso de cambio en la sociedad, acelerado por el vertiginoso avance de las nuevas tecnologías.

2. INTRODUCCIÓN AL DERECHO INFORMÁTICO.

ANTECEDENTES: LA SOCIEDAD DE INFORMACIÓN

I. En los últimos quince años, especialmente en la década de los noventa, ha cobrado auge y difusión nacional y mundial el concepto de **“Sociedad de la Información” (SI)**, sobre todo por su gran promoción en el ámbito de las políticas públicas, que se refiere, en general, a cualquier cuestión derivada de innovaciones tecnológicas que han devenido en un cambio en el modelo social, político y económico, **así como en el trasfondo jurídico de una etapa en la evolución humana, que posee marcadas y diferenciadoras características que la distinguen de cualquier otro estadio de la cultura.**

El auge de la Sociedad de la Información está indisolublemente ligado al florecimiento de las llamadas **Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC)**, que irrumpieron con fuerza en la década de los ochenta y que actúan sobre los procesos técnico-económicos como la nanotecnología (aplicación de técnicas para el tratamiento de materiales y estructuras que se miden por nanómetros, que equivales a una millonésima parte de un metro), la inteligencia artificial, la biotecnología, el láser, las telecomunicaciones o la informática. Como consecuencia de ello, y del desarrollo de las redes, se produce una acumulación de cantidades de

información a la que puede accederse más o menos fácilmente (telemática), lo que desencadena una serie de transformaciones sociales, económicas y culturales que conducen a que la **Sociedad de la Información (SI)** cobre formas y características propias, distintas a cualquier otro estadio.³

II. A finales del siglo XX, un nuevo fenómeno nos sorprendió a todos: un medio comunicacional que nos unió de manera jamás pensada, desafiando fronteras, espacio y tiempo, naciendo libre y con una fuerte voluntad de autorregularse: el INTERNET⁴ (proviene de “interconnected networks” (“redes interconectadas”) que, básicamente, se trata de millones de computadoras conectadas entre sí en una red mundial, que opera de forma descentralizada. Esto significa que la información no necesita pasar necesariamente por un nodo de la red, sino que puede tomar caminos alternativos según convenga, lo que provoca un cambio sustancial en la sociedad y en la manera de vincularse de las personas físicas y jurídicas.⁵

Ligado de manera indisoluble a ese fenómeno aparece el de la **GLOBALIZACION**, un proceso económico, tecnológico, social y cultural a escala planetaria consistente en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, sus mercados y culturas.

Como principales efectos, rompe las cadenas de distribución más consolidadas para poner al alcance de los usuarios bienes locales y/o digitalización, es decir, la conversión de la información física (papel, pintura, fotografía, etc) o análoga (audio, video) a un estándar universal susceptible de procesamiento por computadores y transmisión por redes.⁶

III. Con la digitalización se puede transmitir la información y el conocimiento en un formato que pueden manejar las computadoras y los equipos de telecomunicación; las tecnologías digitales suponen una gran flexibilidad de los soportes y una gran capacidad de interconexión, diversidad de usos, amplio poder de conservación de la información audiovisual y la apertura de un potencial de desarrollo multimedia, que facilita la aceleración

³Reusser Montsálvez Carlos (Investigador del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, “Qué es la Sociedad de la Información”).

⁴ www.internetsociety.org/inforum.

⁵ Pablo Palazzi, IV Coloquio de Comercio y Marketing de la Universidad de San Andrés “Las nuevas tecnologías. Mercados, vida cotidiana, sociedad”, 28/09/2006 (ver blog Habeasdata.com.org).

⁶ David Heid, Modelos de Democracia, Madrid, Alianza, 2001.

del **PROCESO DE CONVERGENCIA DE LOS MEDIOS** definido por la Unión Europea como **la capacidad de diferentes plataformas de red para transportar tipos de servicios esencialmente similares; es decir, la aproximación de dispositivos de consumo, tales como el teléfono, la televisión y el computador a través de un lenguaje único.**

La existencia de la informática y las nuevas tecnologías hicieron posible acercar al ciudadano modernos instrumentos cada vez más sofisticados y rápidos, por intermedio de las PC (personal computers) hoy en día mayormente actualizadas y con amplia memoria y diversidad de funciones y aparatología de última generación (hardware); también debe considerarse los avances en telefonía digital, fibra óptica, cableados, nuevas redes, etc.

IV. El **INTERNET**, la gran red de las redes (**World wide web**) permite comunicarse desde lugares remotos, en tiempo real y sin importar donde se encuentren los interlocutores, a través de las modalidades de interrelación propias de su funcionamiento: la colocación en la red de una página web, que contiene un nombre de dominio aprobado por la **ICANN** (**Internet Corporation for Assigned Names and Numbers**), organismo fundado en 1998 que depende de las normas del Estado de California (USA) y que tiene a su cargo la gestión y administración **del Sistema de Registro de Nombres de Dominio**, que posee tres niveles:

-El primero es el nombre genérico (top leveldomain) que indica la rama de la actividad a la que corresponde (com: comercial; gov: gubernamental; edu:educacional; net: tecnología y redes; info: uso general; etc).

- El segundo es el código de pertenencia del país (country codleveldomain); en el caso de Argentina, ar).

- Finalmente, el tercero lo constituye el nombre elegido por el interesado para su denominación, que puede ser de fantasía, el de nuestro negocio, empresa, el propio, etc.

Por ejemplo: www.ropadeportiva.com.ar.

En nuestro país, la registración de nombres de dominio se encuentra a cargo de **NIC ARGENTINA, Dirección Nacional de Registro de Dominios de Internet de la Secretaría Técnica de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación (ver decreto 2085/2011 y el Reglamento para la administración de Dominios).**

V. La mayoría de los que ingresan en la red son proveedores de información, que pueden ser profesionales o no. El servicio de acceso a INTERNET puede ser prestado en forma gratuita u onerosa, desarrollándose diversos vínculos entre proveedores (ej: Arnet; Fibertel; Speedy, etc) y usuarios, con las consiguientes consecuencias jurídicas que pudieran derivarse. Capítulo aparte será la cuestión relativa a actividad propia de los buscadores de INTERNET (Google, Yahoo, etc).

En lo que respecta a **Facebook**, consiste en un sitio web de redes sociales, actualmente extendida a nivel mundial, que en su origen era destinado sólo para estudiantes de la Universidad de Harvard, pero se abrió a cualquier persona con una cuenta de correo electrónico, que se desarrolla mediante la interrelación de los sujetos, que últimamente ha generado nuevas formas de conflictos y responsabilidades en materia civil (por ejemplo ell *ciberbullyng*) y ciertos tipos de delitos como el acoso en la web (ciberacoso) abordados por el derecho penal conforme su normativa vigente.

Es importante destacar que se encuentra vigente la ley 26.892, sancionada el 11/09/2013 (BO 04/10/2013), de Promoción de la Convivencia y Abordaje de la Conflictividad Social en las Instituciones, objeto, principios y objetivos que comprende dicha problemática.

VI. Lo cierto es que, a través de estas modalidades, fluye la comunicación en las redes mediante la publicación de diversas páginas que se encuentran disponibles y que a diario son visitadas por millones de personas en todo el mundo, sumado al intercambio de e-mails entre personas físicas y jurídicas que se desarrolla masivamente, ya sea por razones sociales, culturas, comerciales, políticas, etc. y que cobran relevancia, en lo que respecta a su regulación legal, pues originariamente estos procesos se generaron y avanzaron rápidamente, superando en velocidad al surgimiento de las disposiciones que se fueron dictando en las distintas áreas del derecho, ante las ausencia de regulación específica.

Es conocido el impacto trascendente de la informática en la sociedad actual por su creciente complejidad y su multifacético efecto, que posee gran incidencia en las relaciones humanas, y que sin lugar a dudas requiere del acompañamiento del derecho. Ello se vincula con las nuevas modalidades de los contratos informáticos, al importante aporte de las actuales y complejas tecnologías, a través del aprovechamiento de lo que pone a disposición para lograr el acceso a basta información y que se

relaciona con la protección de la intimidad y la privacidad, el régimen jurídico de los bancos de datos, la irrupción y los principios rectores de los contratos telemáticos, además de los distintos ámbitos de aplicación de la informática al servicio de la justicia, en aras de optimizar su labor.

Así, se ha ido gestando una especie de rama del derecho, y paulatinamente se fueron dictando nuevas normas que forman parte de este denominado **DERECHO INFORMÁTICO**, que toma principios generales del derecho civil, comparte normas de protección del derecho del consumidor, del derecho comercial, y penal, además de encontrarse involucrados derechos y garantías constitucionales, como la privacidad, intimidad, honor de las personas; también se relaciona con el derecho a la libertad de expresión y de ejercer toda industria lícita y constituye el conjunto de normas, procesos, relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de la aplicación y desarrollo de la informática.

No obstante, pueden apreciarse ciertas instituciones que le son propias:

- el contrato informático; documento electrónico; comercio electrónico; firma digital (ley 25.506);

- hábeas data (ley 23.526 de Protección de Datos Personales, decreto 1558/2001 y art. 9, Disp. 11/2006 de la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales);

- delitos informáticos (ley 26.388) y demás disposiciones sobre nuevos tipos de amenazas informáticas (virus, troyanos, etc); acceso ilegítimo informático (hackers, crackers, entre otros).

- libertad informática; protección de la intimidad; propiedad intelectual de software (ley 25.036) y sistemas de nombres de dominio de internet (Regla 11).

VII. Ahora bien, el **DERECHO INFORMÁTICO** debe diferenciarse de la **INFORMÁTICA JURÍDICA**, que consiste en una ciencia que se encuentra constituida por los medios y herramientas tecnológicas puestos al servicio del derecho, para posibilitar el tratamiento, almacenaje y recuperación aplicadas por ordenadores y programas (procesadores de texto, planillas de cálculo, seguimientos de expedientes, etc.) al campo jurídico.⁷

⁷Bibiana Luz Clara "Manual de Derecho Informático" editorial Jurídica Nova Tesis, 2001, págs.25/41.

Como ejemplo de ello podría referirme al SAIJ (Sistema Argentino de Informática Jurídica), MICROJURIS, y diversos sitios de registro y clasificación de antecedentes jurisprudenciales.

Una primera forma de entender la relación entre el derecho y las tecnologías de la información es interpretarla como la aplicación de instrumentos tecnológicos a las operaciones que realizan quienes actúan en el ámbito del derecho (abogados, jueces, auxiliares de la justicia). A esta concepción de la informática como herramienta utilizada por “los operadores del derecho” se la llama usualmente **INFORMÁTICA JURÍDICA**.⁸

3. PRINCIPIOS JURÍDICOS APLICABLES AL MUNDO VIRTUAL COMO PAUTAS RECTORAS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

En párrafos anteriores me he referido a los cambios que se han suscitado como consecuencia del avance de un mundo “virtual” diferente al “físico”; hay un “mundo digital”, un nuevo modo de pensar que sigue “paradigmas digitales”. Ejemplo de ello es la regulación de Internet y la tecnología digital en general, y la problemática de la ciencia jurídica frente a estos nuevos desafíos requiere de la aplicación de principios rectores que consisten en enunciados que permiten orientar un comportamiento en una esfera abstracta y, por su flexibilidad, permiten solucionar problemas concretos, aptos para resolver conflictos, legislar, sustanciar una acción judicial, etc.⁹

La doctrina ha considerado ciertos principios jurídicos generales del derecho, que resultan aplicables al mundo “virtual”, teniendo en cuenta la ausencia de una regulación específica en la materia.

PRINCIPIO DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Es uno de los más importantes en lo que refiere a la cuestión referida a Internet, relacionada con el espacio público y el privado, la eventual responsabilidad de proveedores de la información, intermediarios y la libertad.

⁸Carlos A. Peña “Informática Jurídica y Derecho Informático (docente Facultad de Ingeniería, C&T, Universidad de Palermo; Enrique Falcón “Qué es la Informática Jurídica?, AbeledoPerrot, 1992; Peñaranda Quintero, Héctor R “La informática Jurídica y el Derecho Informático como ciencias”, <http://www.derechotecnologico.com/estado/estrado006.html>.

⁹Vigo, Rodolfo “Los principios generales del Derecho”, JA 1986/3/868; Saux, Edgardo “Los principios generales del derecho civil”, LL 1992-D-939.

LIBERTAD DE COMERCIO

La normativa nacional e internacional propicia la noción de libertad de mercado, que implica autorregulación de las partes, con mínima intervención estatal limitada al contralor de su funcionamiento, aplicable entre otros aspectos, al comercio electrónico.¹⁰

PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN DEL MEDIO DIGITAL

Se sostiene que el Estado debe adoptar una postura neutral, en un contexto de libertad y no dictar normas discriminatorias que limiten la participación de algún sujeto por el solo hecho de que no utilice un instrumento escrito, afirmando la libertad de las partes para adoptar los procedimientos de registro, verificación de autoría, de firmas, etc., eliminándose obstáculos basados en requerimiento de formas escritas.

PRINCIPIO PROTECTORIO

La protección de la parte más débil es de antigua raigambre, que fomenta el dictado de normas amplias que neutralicen las diferencias que existen entre los sujetos, ya sea de índole económica o cognoscitiva, que se acentúa en la economía digital.

PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD

Este principio es la contracara de la libertad de expresión y la libertad de comercio, que deben ser adecuadamente merituados a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. El art. 1071 bis CC es un ejemplo de ello; al igual que La Convención Americana sobre los Derechos Humanos (art. 11 inc. 2); La Declaración de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas (1948, art. 12) que se relacionan con la preservación de toda persona de sufrir injerencias o ataque a su privacidad o la de su familia, su domicilio o su correspondencia.

¹⁰ Regulación de firma digital en los Estados Unidos, "Electronic Signatures in Global and National Commerce", nov. 10, 1999.

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y LA AUTODETERMINACIÓN

Se vincula a la privacidad, con referencia a la registración de datos personales, asignación de individualizadores, categorización de sujetos y la facultad del individuo de disponer y revelar datos referentes a su vida privada y su derecho a acceder a todas las fases de elaboración de datos.

EL CARÁCTER INTERNACIONAL

Habiéndose señalado que el Internet es una tecnología global, todas las normas recogen el principio de que sus disposiciones deben ser interpretadas conforme el carácter internacional.¹¹

4. LA ACTITUD FAVORABLE DE LAS INSTITUCIONES FRENTE AL FENÓMENO DE LA INFORMATIZACIÓN

I. Los enunciados expresados precedentemente indican que nos encontramos frente a una realidad diferente. El surgimiento de la era digital ha provocado la necesidad de repensar trascendentales aspectos en torno a las consecuencias de la aplicación de las nuevas tecnologías a las relaciones entre los sujetos y las instituciones, ya sean públicas o privadas, pues se ha modificado radicalmente la manera de comunicarse, de estudiar, de contratar, de petitionar ante las autoridades, etc. y que han sido positivamente receptadas en la sociedad.

Ejemplo de ello es que la gran mayoría de los trámites que deben efectuarse ante los distintos organismos públicos, como ser el Registro Civil y Capacidad de las personas, ANSES, Registro de la Propiedad Automotor y de la Propiedad Inmueble y así innumerables supuestos, en los que se dispone de un sistema informático especial a los fines del ingreso de las peticiones que correspondan. En el sector privado, en las escuelas, los clubes, colegios de profesionales matriculados, espectáculos públicos, supermercados, ocurre lo propio, pudiéndose realizar consultas y compras “online” de amplia variedad.

II. En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la aplicación de tecnología informática se encuentra ampliamente desarrollada para todas las

¹¹ Lorenzetti, Ricardo L., “Comercio Electrónico”, pp. 46/52.

áreas: salud, educación, cultura, y en lo que respecta al **Poder Judicial**, el Reglamento para la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires contempla el expediente digital y es factible ingresar a una página web oficial que indica:

“Localización de Expediente “¡Bienvenido al sistema de localización online de expedientes del Gobierno de la Ciudad! Una vez completados todos los campos requeridos, localizó el expediente. Ingresá los siguientes datos obligatorios...”

5. EL ACOMPAÑAMIENTO DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INFORMÁTICA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN MATERIA DE GESTIÓN JUDICIAL.

I. En lo que respecta al Poder Judicial de la Nación, en los últimos años se evidenció un cambio radical proclive a la incorporación de tecnologías informáticas para la prestación del servicio de Justicia, aplicándose políticas de “GESTIÓN JUDICIAL” que tienen como principal objetivo la **modernización total del Poder Judicial**.

Para ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación creó en diciembre de 2007 (Ac. 37/07) la **Comisión Nacional de Gestión Judicial**, encabezada el presidente del Máximo Tribunal, Dr. Ricardo Lorenzetti, e integrada por jueces de todo el país.

La Comisión es la dependencia encargada de delinear políticas estratégicas y planes operativos que, mediante la incorporación de nuevas tecnologías y criterios de gestión, **impulsan el rediseño de la organización del Poder Judicial de la Nación**.

El paradigma que propone la Comisión se distingue por reconocer a la gestión judicial como una **herramienta de apoyo a la labor de los jueces**, así como también la búsqueda de una mejora continua en el trabajo que cotidianamente cumplen magistrados, funcionarios, empleados, auxiliares y abogados.

A partir de estos principios, los objetivos de la gestión judicial se centran en los siguientes ejes:

- **Gestión administrativa organizacional - Rediseño de procesos;**
- **Coeficiente de gestión judicial;**
- **Firma digital;**
- **Notificación electrónica**

- **Expediente digital.**¹²

II. A partir del año 2011 se ha venido desarrollando lo que denomina proceso de **cambio y modernización del servicio de justicia**, en el marco de un programa de **Fortalecimiento Institucional del Poder Judicial de la Nación**.

Dicho movimiento comenzó con el dictado de la ley **26.685**, sancionada el **01/06/2011**, en vigencia dese el **16/07/2011**, referida a la utilización de expedientes, documentos, firmas, comunicaciones, domicilios electrónicos y firmas digitales en todos los procesos judiciales y administrativos, que fue reglamentada por la **Acordada de la CSJN 31/11** en cuanto al uso del domicilio electrónico y ha constituido e instituido el **Sistema de Notificación Electrónica** disponiendo su gradual implementación en el ámbito de la corte, que se complementó con las subsiguientes **Acordadas 3/12 y 29/12** y el dictado de la **Ac. 38/13** en virtud de la cual comenzó la **implementación del Sistema de Gestión Judicial en todos los Fueros y dependencias del Poder Judicial de la Nación**.

Así, mediante proceso se generó la implementación de una herramienta INFORMÁTICA que permite la integración de las partes por medios telemáticos para la realización de trámites vinculados a las causas, que finalmente se extendió a los tribunales de alzada (Cámaras Nacionales, Federales y Tribunales Orales).

III. En concomitancia con dichas novedosas modalidades de notificación judicial, **fue sancionada la ley 26.856, el 08/05/2013**, que ordena a la CSJN y Tribunales de Segunda Instancia la publicación íntegra de acordadas y resoluciones, bajo la modalidad allí ordenada, que se realiza a través del Centro de Informática Judicial, que constantemente monitorea y sube a la red, toda la información que recibe. En ese orden de avance tecnológico, a partir del 5 de marzo del 2014, se ha puesto una línea de acceso de Internet al sistema de consultas de causas judiciales, cuya aplicación se encuentra disponible en la página Web del poder judicial, de la Corte y del centro de informática.

IV. Actualmente, **la notificación electrónica funciona de manera obligatoria desde el 18/11/2013 para las Cámaras Nacionales y Tribunales orales y se implementó para los juzgado de primera instancia, a partir del**

¹² Centro de Información Judicial –Agencia de Noticias del Poder Judicial- de la CSJN.

01/04/2014 (Ac. 38/14) y que fue complementado con el dictado de la Ac. 3/2015, que dispone aprobar pautas ordenadoras de los nuevos sistemas informáticos que se encuentran en funcionamiento en el ámbito del Poder Judicial de la Nación - Identificación Judicial Electrónica (IEJ) - Presentación soporte papel - Copias digitales (24 hs) - Obligatoriedad Notificación electrónica, **habiéndose asignado inicialmente fecha entrada en vigencia para el primer día hábil de mayo 2015, que debió ser reprogramada para el primer día hábil de septiembre de 2015 (Ac. 12/15) por razones de implementación técnica.**

Dicha acordada establece la incorporación de nuevas funcionalidades, cuyas características se informan habitualmente a través de Boletines Informativos que emite, por ejemplo en el fuero civil, la Oficina de Sistemas y Tecnología, Secretaría de Informática, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, comunicados a los juzgados vía mail, a través de la Comisión Nacional de Gestión de la CSJN y con el apoyo brindado a través de tutoriales y contenidos relativos al Lex 100 y otras herramientas informáticas (ver infocivil.pjn.gov.ar).

V. Asimismo, mediante el dictado de la **Ac. 2/2014** se estableció un mecanismo electrónico de sorteo de auxiliares de la justicia, aplicable a todos los fueros, denominado Sistema Único de Administración de Peritos y Martilleros (SUAPM) que ya se encuentra habilitado y su aplicación está destinada a ser aplicada regularmente a las actuaciones judiciales, de todos los fueros y dependencia del país.

Concordantemente con dicho proceso de gestión informática judicial descrito precedentemente, se han dictado numerosas disposiciones relacionadas con la obtención de informes directamente por los juzgados ante diversas dependencias públicas; de saldos bancarios emitidos por el Banco de la Nación Argentina, sucursal Tribunales.

En ese mismo orden de ideas, la implementación que ha aportado un gran avance y evidentes beneficios en materia de comunicación entre las distintas dependencias judiciales, ha sido el **sistema DEO (diligenciamiento electrónico de oficios)** originariamente iniciado como experiencia piloto, que al resultar exitosa motivó su obligatoriedad, conforme Resolución n° 3173 de la CSJN dictada el 07/11/2011, expte n° 714/2011, aplicada a partir del 21/11/2011, **que permite sustituir el soporte papel a uno digital, en un entorno tecnológico seguro**, a los fines de la solicitud de información y/o remisión de expedientes, que debe dirigirse

únicamente por correo electrónico a las CUENTAS INSTITUCIONALES de los Juzgados, Tribunales u Oficinas Judiciales y confeccionado desde las Cuentas Oficiales personalizadas de los funcionarios responsables; todo de acuerdo a lo establecido en los artículos 2, 3, 4, 6, 8 y 9 del **Reglamento de uso del Correo Electrónico, Internet y la Red Interna del Poder Judicial (Intranet) incorporado como Capítulo XXIX al Reglamento Interno del Poder Judicial.**

VI. Todo este complejo sistema de gestión judicial actual se fue implementando paulatinamente, pero con notables avances en los últimos tres años, lo cual -sin lugar a dudas- propiciará una favorable recepción por los jueces de las innovadoras incorporaciones receptadas en el nuevo Código Civil y Comercial, que serán analizadas a continuación, especialmente en materia de documentación electrónica y demás modalidades en donde la aplicación de la informática es una cuestión de debate y análisis en las actuaciones judiciales.

Así, el ofrecimiento, la presentación, producción y valoración de los documentos instrumentados de una manera diferente a la clásica modalidad de escritura plasmada en papel con firma del interesado, tendrá una mirada distinta por el juzgador, quien actualmente cuenta con los medios técnicos para visualizar en la computadora del juzgado, aquellos documentos digitales que se presenten como prueba y contará con el sustento legal otorgado por el marco regulatorio de la nueva normativa, que se integra con las restantes disposiciones específicas de cada área, que fueron referenciadas en párrafos anteriores.

6. EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. INCORPORACIÓN DE DISPOSICIONES DE DERECHO INFORMÁTICO EN SU ARTICULADO. SU IMPACTO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

I. Habiéndose efectuado una breve aproximación a la extensa temática relacionada con las nuevas tecnologías de la información y de la regulación que abarca el Derecho Informático, analizaremos la postura que ha adoptado el legislador frente a estos temas de actualidad, considerando que el Código Civil y Comercial ha consagrado en su texto varias disposiciones referidas a la aplicación de la informática y las consecuencias jurídicas que acarrea, tal como fue basamentado en la explicación de motivos del Anteproyecto antes referenciado.

A tales fines es preciso tener en cuenta su marco definitorio, caracterizado por la llamada constitucionalización del derecho privado y el respeto irrestricto de la persona humana e inviolabilidad de su dignidad, a la salud, con importantes referencias a la bioética y una clara orientación a la defensa del consumidor; asimismo en materia de lealtad comercial, expuesto aquel a prácticas comerciales abusivas o publicidad engañosa, estableciendo principios específicos; al igual que las pautas generales para el ejercicio de los derechos del ciudadano, con la introducción de cláusulas generales relativas a la buena fe (art. 9); abuso del derecho (art. 10); fraude a la ley (art. 12).

Según Aida Kemelmajer de Carlucci, en las “PAUTAS PARA INTERPRETAR EL CÓDIGO”, los principios generales no han sido eliminados por el CCyC como fuente del derecho, sino que, contrariamente, “Los principios generales operan como vías del propio razonamiento. A ese efecto, ayudan al operador del derecho numerosos artículos que contienen, en algunos casos, verdaderos principios y, en otros, reglas generales”.¹³

Concordantemente, se ha incorporado dentro del Capítulo de hechos y actos jurídicos -en la denominación de los instrumentos- una innovadora categoría de los que son producto de la aplicación de tecnologías y la informática y su valor legal.

También se aprecian importantes disposiciones relacionadas con el servicio de justicia, orientado a la tutela efectiva de los derechos humanos, con especial proyección a la protección de los derechos de los niños y adolescentes¹⁴.

II. Resulta relevante destacar que el CCyC ha establecido -como principio general- la obligación del juez de decidir razonablemente, según las fuentes normativas aplicables, conforme a la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte y según las modalidades de interpretación que establece (arts 1, 2 y 3).

Por todo ello, surge la importancia de desentrañar cuáles son las nuevas implementaciones en cuestiones como las que nos ocupa y dilucidar cual podrá ser su impacto en los procesos judiciales, relacionadas con la incorporación de novedosas modalidades de instrumentación de hechos y actos jurídicos, a través del uso de nuevas tecnologías (correo electrónico;

¹³ Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente, editorial Astrea, pág. 9.

¹⁴ Suplemento Especial “Código Civil y Comercial” Director Ricardo Luis Lorenzetti, noviembre 2014, Thomson Reuters, La Ley.

cámaras de video-filmaciones colocadas en la vía pública o en el interior de edificios de organismos y entidades públicos –en el marco de políticas de seguridad- o en forma privada en locales o instituciones de cualquier tipo, etc).

Es importante tener en cuenta, que tales innovaciones no se encuentran reguladas en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues su última reforma se remonta al mes de mayo del año 2002, es decir **hace trece años**, en un momento pretérito, en que no se encontraban desarrollados los avances tecnológicos de la envergadura descripta.

A continuación serán transcriptas las disposiciones que se introducen en el nuevo texto legal referidas a la materia bajo análisis, y luego se señalarán sus potenciales proyecciones en el trámite de las causas judiciales.

- **Art. 284.- Libertad de formas** establece: Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.

- **Art. 286. –Expresión escrita.** La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. **Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.**

- **Art. 287.- Instrumentos privados y particulares no firmados.** Los instrumentos **particulares** pueden estar **firmados** o no. **Si lo están**, se llaman **instrumentos privados**.

Si no lo están, se los denomina **instrumentos particulares no firmados**; esta categoría comprende **todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de las cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información.**

- **Art. 288.- Firma.** La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.

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

- **Art. 318.- Correspondencia.** La correspondencia, **cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla**, puede presentarse como **prueba**, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

6.1. INCLUSIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA CATEGORÍA DE DOCUMENTOS PARTICULARES NO FIRMADOS Y LA FIRMA DIGITAL. CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS

I. El CCyC, receptando las disposiciones del Proyecto de Reforma del Código Civil de 1998, efectúa esta significativa innovación, **admitiendo expresamente -dentro del concepto de instrumentos particulares no firmados-** a los escritos en los cuales el soporte papel con la firma tradicional se ve reemplazada por otros generados por medios electrónicos: **EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO**, al que -como una primera aproximación-, se lo describe como el que es generado o archivado en una computadora. Esta categoría comprende una amplia gama de documentos que menciona en forma enunciativa y no taxativa, incorporándose como derecho positivo en el CCyC **los medios informáticos y la firma digital.**

Tras desarrollar el concepto de firma tradicional, como prueba de la autoría de la declaración de voluntad –que puede consistir en el nombre o un signo- el art. 288 se refiere a los instrumentos generados por medios electrónicos.¹⁵ También prevé que se encuentren firmados asimismo por medios electrónicos, siempre que se asegure, de manera indubitable la autoría e integridad del instrumento.¹⁶

PROBLEMA DE LA ASIGNACION DE AUTORIA

Es una regla antigua admitida y difundida, que contó con el consenso legislativo y el apoyo de la costumbre, que la relación entre el

¹⁵ María Isabel Benavente, “Los hechos y actos jurídicos en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial, Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley Thomson Reuters.

¹⁶ Díaz de Guijarro, Enrique “La impresión digital en los documentos privados no firmados”, JA 50-85

documento, la escritura y la firma ológrafa es un modo fiable de atribución de autoría; no obstante, si se disminuye el uso de papel reemplazándose por medios electrónicos, deben adaptarse aquellas reglas rígidas.

El documento tiene dos elementos: a) la docencia (doccere), que consiste en la capacidad de incorporar y de transmitir una declaración y b) un soporte, que puede consistir en papel o una cinta magnetofónica.

Así, la declaración de voluntad que emite un sujeto puede ser verbal o asentada en un documento, que es la forma; a su vez éste último, puede ser:

Corporal: escrito en papel, cintas magnetofónicas, etc (mundo de los átomos)

Incorporal: electrónico o digital (mundo de los bits);

A su vez puede ser **firmado** mediante trazo ológrafo realizado manualmente por el autor o mediante un procedimiento específico de asignación de autoría, a través de la aplicación de un procedimiento de claves (firma electrónica, firma digital).

No firmado, existe declaración de voluntad, que vincula al autor, pero carece de firma, como ser un ticket de cine; boleto de colectivo, impresión de cajero automático.

II. En general estamos acostumbrados a que los documentos se encuentren asentados bajo la forma “corporal”, y si cuentan con la firma, lo que soluciona el problema de la asignación de la autoría; la dificultad se evidencia, cuando nos encontramos frente a la forma “incorporal” puesto que el documento es presupuesto de la existencia de un contrato, que en el código civil derogado, requería la forma escrita para su acreditación; para ser oponible a terceros, etc.

Ahora bien, ya hace varios años la doctrina anticipaba que el uso cada vez más extendido de las transferencias electrónicas de fondos, lo que hace que cada día más personas se vean obligados de tener que utilizar

documentos provenientes de un sistema de elaboración electrónica, siendo un fenómeno irreversible.¹⁷

6.2. ELEMENTOS Y CARACTERES DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

El documento electrónico también tiene dos elementos: **a) una declaración de voluntad que es incorporada y transmitida; b) un soporte electrónico, constituido por “bits”.**

En la actualidad, y mucho antes del dictado del CCyC, se admiten dentro del género de documento, los que llevan firma y los no firmados, también denominados instrumentos particulares no firmados. La noción de documento escrito, como el que lleva la firma del autor como único medio para atribuir la declaración de voluntad, ya se había ampliado, admitiéndose progresivamente otros modos de instrumentación de los hechos y actos jurídicos en numerosas variantes: los códigos, el estampillado, el perforado, la firma mecanografiada y el membrete han sido considerados suficientes para satisfacer el requisito de la firma en supuestos especiales.

Ahora bien, **uno de los problemas del llamado documento electrónico, es la conservación**, pues puede desaparecer en un instante y ofrece menos seguridades que el escrito.

Ello se relaciona con su valor probatorio, aunque no hay obstáculos para que el juez, dentro de sus facultades, admita estos documentos, no obstante la incertidumbre de que se trate de un instrumento “seguro”.¹⁸

Es importante destacar que, si bien el nuevo Código Civil y Comercial los ha receptado en su articulado, para analizar la admisibilidad de tales instrumentos, hay que tener en cuenta que el art. 288, en su segunda parte, establece **“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 indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.**

Como puede apreciarse, la norma impone la utilización de **“una firma digital”** como **presupuesto de satisfacción del requisito de la firma de**

¹⁷ Ettore Giannantonio, Consejero de la C.S. de Casación de Italia, “El valor jurídico del documento electrónico”, publicado en “Colección Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Internacional”, Vol 1. Ed Depalma.

¹⁸ Ricardo L. Lorenzetti “Comercio Electrónico –Documento-Firma Digital-Contratos-Daños-Defensa del consumidor,” Abeledo - Perrot

los instrumentos generados por medios electrónicos, con el fin de asegurar indubitadamente la autoría e integridad del instrumento.

Si bien el citado artículo no indica ninguna especificación en cuanto a la modalidad de materialización de dicha FIRMA DIGITAL, ni remite a ninguna normativa en particular que la reglamente, considero que, tratándose de una norma general, debe observarse en forma coordinada con, las disposiciones específicas vigentes **establecidas por la Ley de Firma Digital 25.506, sancionada el 14/11/2001 que en su art. 1° reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica, en las condiciones que establece dicha normativa.**

En el art. 2° define a la firma digital entendida como el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose bajo su absoluto control; la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultánea permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

El citado artículo dispone que los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines, serán determinados por la Autoridad de Aplicación, que es la **Jefatura de Gabinete de Ministros. Presidencia de la Nación, Subsecretaría de Tecnología de Gestión (conforme decreto reglamentario 2628/02)**, en consonancia con los estándares tecnológicos internacionales vigentes.

El art 3° establece que cuando la ley requiera una firma manuscrita, **esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital.** Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia.

EXCLUSIONES. De conformidad con el art. 4°, esta ley no es aplicable:

- 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.

FIRMA ELECTRÓNICA.

Según el art. 5°, se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizando por el signatario como su medio de identificación, **que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital.** En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

DOCUMENTO DIGITAL.

El art. 6° establece que se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación o archivo. **Un documento digital también satisface el requerimiento de la escritura.** Ello resulta a su vez concordante, en cuanto a la **presunción de autoría**, el art. 7° de la mencionada norma, establece una presunción "*iuris tantum*" que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma y con la **presunción de integridad** que dispone el art. 8°, en virtud del cual "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."

Puede apreciarse la similitud de este último concepto, con el incorporado en la segunda parte del art. 288 CCyC, lo que permiten concluir, válidamente, la congruencia entre tal disposición y la regulación legal específica de la ley de Firma Digital analizada, tal como emerge de los fundamentos vertidos en el Anteproyecto antes transcritos.

VALIDEZ DE UNA FIRMA DIGITAL. CERTIFICADOS DIGITALES.

En el art. 9° de la ley 25.506 se establece que una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos:

- a) Haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante;
- b) Ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente;
- c) Que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la presente, por un certificador licenciado;

Los artículos 10; 11 y 12 regulan las cuestiones relativas a la autoría del remitente, el valor probatorio de los documentos electrónicos firmados digitalmente y reproducidos en formato digital y su conservación; los arts. 13 y ss. explican el concepto de **CERTIFICADO DIGITAL**, que se extiende al documento original firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular, bajo las modalidades allí determinadas, con el período de vigencia según el art. 15 y según las restantes disposiciones que contiene dicha norma, a las que me remito "*brevitatis causae*".

Es importante destacar que el 29/19/2012, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires ha suscripto con la Administración Federal de Ingresos Públicos un convenio en virtud de cual ésta última, como entidad certificante, otorga a los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires el servicio de firma digital, lo que será un paso importante en la evolución de la función notarial en sintonía con las nuevas tecnologías y los procesos de contratación electrónica.¹⁹

EL MECANISMO DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

Si bien se habla de "firma", ésta no está constituida por trazos manuales del autor sino por claves, que le pertenecen de un modo indubitable, mediante la aplicación de la **TÉCNICA CRIPTOGRÁFICA**, que en el sistema comercial la admite como la más difundida y segura para la firma digital, convertida en un estándar internacionalmente aceptada²⁰.

La utilidad de la criptografía consiste en que provee de un conjunto de símbolos conocidos por pocas personas, creándose textos que serán incomprensibles para quienes no sepan los parámetros de

¹⁹<http://www.lanacion.com.ar/1521822-la-afip-utilizara-la-firma-digital-en-la-ciudad-de-buenos-aires>. Ezequiel Cabuli "Las nuevas tecnologías en el Proyecto de Código, publicado en Revista del Notariado n° 912, pág 200/207.

²⁰International Standards Organization, Norma ISO 9796 ("Information Technology –Security Techniques- Digital Signatures Scheme" ver <http://www.iso.ch/cate/d17658.html>).

interpretación previamente fijados. Si las claves no pueden ser descubiertas por terceros, es un medio seguro.

Existe la criptografía simétrica y asimétrica, siendo ésta última la más confiable, ya que su violación requiere averiguar las dos claves y que funciona porque el emisor de una declaración de voluntad asentada en un medio electrónico, le adiciona su firma, que consiste en una serie de signos que conforman dos claves, una privada y una pública. El receptor recibe la clave privada, la cual es aplicada sobre el mensaje y luego verifica este con la clave pública. Si el resultado es positivo, se tiene la garantía de la autenticidad e integridad del mensaje.²¹

7. EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO Y SU INCORPORACIÓN A LOS PROCESOS JUDICIALES. PAUTAS DE VALORACIÓN.

En la actualidad ya es de práctica habitual que sea ofrecido como prueba un correo electrónico (e-mail) o también su intercambio, para demostrar los antecedentes de una relación contractual, su modalidad o habitualidad en la utilización de ese modo de comunicación y validar así una fuente de legitimación del medio electrónico empleado. También es posible que su presentación en el expediente revista trascendental importancia para probar un daño injusto a los derechos personalísimos, bajo las nuevas modalidades de delitos o cuasidelitos informáticos a los que me he referido inicialmente.

Si bien en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no se encuentra específicamente contemplado entre las disposiciones de las medidas preliminares (art. 323) ni de la prueba anticipada (art. 326), la posibilidad de su producción a través de la implementación de medios tecnológicos, lo cierto es que con la incorporación del CCyC ya no quedan dudas de que resultarán admisibles los documentos electrónicos, cuando la parte interesada solicite su obtención como diligencia preliminar o prueba anticipada y su comprobación con antelación a la sustanciación de la demanda, para evitar la adulteración de los documentos electrónicos de que se trate, por intermedio de su constatación previa, con la participación de un perito licenciado en sistemas o ingeniero en informática que designe el juez.

También puede ocurrir que sea presentado, junto con el escrito inicial, una impresión de intercambio de e-mails entre las partes y que una vez corrido el traslado, el demandado niegue su autenticidad. En ese caso, podrá solicitar la producción de prueba pericial técnica; de esta manera

²¹ Lorenzetti, op. cit, p. 71.

ninguna duda cabe en cuanto a la admisibilidad de este tipo de instrumentos, como prueba documental, sin mengua de la valoración que el juez efectúe al dictar sentencia, conforme las reglas de la sana crítica y en concordancia con los restantes medios probatorios.

8. FUENTES DE LEGITIMACIÓN PARA LA VALORACIÓN POR EL JUEZ DE LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

Será una cuestión a tener presente cuales han sido los antecedentes que han rodeado el litigio de que se trate para poder determinar la **fente de legitimación del medio electrónico invocado. Se han elaborado ciertas pautas orientadoras, que resultan muy útiles, a los fines que el juez pueda analizar el valor probatorio de un documento electrónico**, que pueden enumerarse de la siguiente manera:

a) Una convención entre partes, donde rige la autonomía de la voluntad, que acuerdan otorgarle validez a las declaraciones que hagan en el futuro en forma electrónica.

b) Una ley que establezca un principio de no discriminación, de modo que el juez no pueda rechazar una declaración, basándose en la sola razón de que está asentada en un medio electrónico.

c) Una sentencia que legitime el procedimiento.

d) La costumbre comercial en el sector de los negocios en que se utiliza el documento.

e) La conducta anterior de las partes.

9. LA POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA EN MATERIA DE VALORACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO.

I. Varios autores y distintos precedentes jurisprudenciales han sostenido que en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba (documental) que tiene suficiente sustento normativo, a tal punto que un rechazo "*in limine*" de su eficacia probatoria incurriría en un excesivo rigor formal y arbitrario, desconociendo la garantía de la defensa en juicio. La prueba de los

documentos informáticos debe ser valorada hoy por los jueces de acuerdo a las normas de la sana crítica.²²

II. Resultará ilustrativo citar un relevante e innovador precedente judicial en esta materia, que aporta importantes pautas interpretativas de la admisión y su valor probatorio del documento electrónico.

El fallo fue dictado por la **Excma Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 2011-02-10 "C.S.D.G. c/C.P.A.C.F." (Expte n° 24.233/09) publicado en La Ley 30/06/2011, Cita online: AR/JUR/5054/2011** el cual llegó al Tribunal de Alzada en grado de apelación del decisorio emitido en primera instancia por el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, conforme el procedimiento de la ley 23.187 (art. 47) y confirmó el pronunciamiento sancionatorio.

El mencionado órgano competente impuso una sanción de llamado de atención a un letrado C.S.D.G., conforme lo previsto por el art. 45 inc. a) de la ley 23.187, por haber incurrido en infracción al art. 6° inc. e) en concordancia con el art. 44 incisos d), g) y h) de dicho cuerpo legal y los arts. 10 inc. a), 14 y 15 del Código de Ética, relativas al deber de los abogados de "comportarse con lealtad, probidad y buena fe en el ejercicio profesional"; "respetar la dignidad de sus colegas y hacer que se la respete", entre otras.

Para decidir de ese modo, se tomó en cuenta, como principal elemento de cargo, un mensaje de correo electrónico atribuido al dicho letrado y dirigido a una compañía aseguradora, fechado el 11 de marzo de 2009, según fs. 819. El procedimiento disciplinario se inició con motivo de la denuncia de otro profesional, contratado por la destinataria del mensaje, quien se refirió al contenido de éste como violatorio de los artículos 14 y 15 del Código de Ética. Según su texto, el autor del mensaje se refería a la incomparecencia del letrado de la empresa a una audiencia de mediación, en términos que, conforme el órgano disciplinario actuante, agravaban al profesional denunciante y los descalificaban ante su poderdante.

El profesional sancionado apeló tal decisorio afirmando en su memorial que el correo electrónico no sería un elemento determinante e

²²Bergel, Salvador Darío, "Documento electrónico y la teoría de la prueba" de la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Prueba I"; González Rocca, Pastorino Sáenz, "El documento electrónico" de la Revista Notarial n° 934, Año 105, 1999, pág 593 a 613; "GiannantonioEttore "Valor Jurídico del documento electrónico, del libro Informática y Derecho, Vol 1, pág. 93.

imputable a su conducta. Contrariamente, el órgano disciplinario sostuvo que el texto del mensaje de correo electrónico guardaba relación con los hechos que el denunciado había reconocido en su descargo; asimismo entendió que el letrado C.S. no podía desvincularse del mensaje y observó que no especificó que alguien pudiera tener acceso a su cuenta de correo electrónico y quiera perjudicarlo dentro de su núcleo académico y profesional.

El Tribunal había tomado en cuenta que el mensaje había partido de la dirección de correo electrónico del imputado y afirmó que corre por exclusiva responsabilidad de este permitir el acceso a dicha dirección a otras personas. Por consiguiente, consideró auténtico el mensaje de correo electrónico aportado por el denunciante y tuvo por probada su existencia.

De dicho resolutorio también se agravó el denunciado habiendo afirmado que debió producirse prueba informática para determinar si el correo se encontraba en el servidor del supuesto destinatario y constar autenticidad y procedencia, entre otros fundamentos.

El Tribunal de Alzada consideró que ***“... el recurrente, más que referirse a la cuestión de autenticidad de los correos electrónicos, debió señalar que la nota emitida por La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada, que daba cuenta de la recepción de tal mensaje, era apócrifa y las razones que lo llevaban a considerarla de ese modo. En efecto, al quedar impreso el mensaje de correo y ser acompañado a una nota (esto es, un soporte físico) que expresamente hace referencia al mensaje como recibido por la entidad, la cuestión relevante dejaba de ser la validez probatoria del correo electrónico, sino la autenticidad de la nota, que aludía explícitamente al mensaje como recibido por la entidad de seguros. Por lo tanto (...) las críticas no aparecen fundadas”.***

Asimismo, fue considerado ***“... si bien el recurrente pone en duda que el mensaje (cuya existencia también niega) haya sido enviado por él, ya que pudo ser enviado por otra persona con acceso a la cuenta, es importante observar que no niega la existencia de la cuenta...desde la que se envió el mensaje cuestionado. En tal contexto, el hecho de que el nombre de usuario de la cuenta coincidiera con las iniciales de su nombre y apellidos, así como la “firma” que aparece al final del mensaje (indicando su nombre completo, nombre del estudio jurídico, domicilio y teléfonos; v. fs. 9) abonan las tesis del a quo, en cuanto a que el envío se produjo desde esa cuenta.”.***

Resulta clara la postura del Tribunal en lo que respecta a la carga de la prueba cuando sostuvo “... ***no aparece vulnerado el principio de inocencia, toda vez que la afirmación del recurrente, en cuanto atribuye al a quo pretender que se acredite la autoría del correo electrónico, no toma en cuenta el contexto en que tal aseveración es efectuada. En efecto, atento a los elementos de juicio que revelan las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se emitió el mensaje cuestionado, era una carga procesal del recurrente desvirtuar los elementos de juicio que, inequívocamente, conducen a considerarlo autor de la conducta susceptible de reproche ético***”.

III. El fallo transcrito precedentemente permite concluir que es preciso tener una mirada amplia en cuanto al actual criterio imperante en materia de prueba de los documentos que no se encuentran instrumentados en un soporte tradicional, sino electrónico.²³

10. NUEVAS FORMAS DE PRUEBA DOCUMENTAL EN SOPORTE NO TRADICIONAL. LAS VIDEOFILMACIONES OBTENIDAS DE CÁMARAS DE SEGURIDAD. SU UTILIDAD, VALOR PROBATORIO Y FORMAS DE OBTENCIÓN. DEBER DE PRESERVACIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS

I. Siguiendo la misma línea argumental, referida al impacto en los procesos judiciales que provoca la aplicación de las novedosas disposiciones del Código Civil y Comercial unificado, relativas a las nuevas modalidades de la instrumentación de los documentos, resulta sustancial el valioso aporte de material fotográfico y de las video filmaciones provenientes de las cámaras que se encuentran dispuestas en las intersecciones de las calles, plazas, parques y otros lugares estratégicos, en diversos barrios porteños, del Gran Buenos Aires y también en varias providencias de la Argentina, destinadas a proteger la seguridad en las calles y asimismo, las que se colocan en los edificios, públicos o privados.

Si bien desde hace largo tiempo la utilización de este tipo de material ya se encuentra incorporada en la práctica tribunalicia, especialmente en el Fuero Penal, en el ámbito civil ha sido paulatinamente admitida, con la implementación y la modernización del soporte informático

²³ López del Carril, Gonzalo, “Interpretación del contrato electrónico”, Doctrina Judicial Procesal, 2011, julio 17, Cita Online: AR/DOC/2023/2011.

que ha facilitado su visualización y consiguiente incorporación como prueba instrumental, aunque no cuente con un marco legal que la sustente.

Cabe recordar que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no ha contemplado este tipo de medio probatorio, pues su creciente producción es sobreviniente a la última reforma de dicho texto legal que data del mes de mayo del año 2002; por ello, las disposiciones del nuevo texto serán sumamente beneficiosas.

II. La legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, sancionó **la Ley 2602 –Videocámaras-, el 06/12/2007**, que regula la utilización por parte del Poder Ejecutivo de videocámaras para grabar imágenes en lugares públicos y su posterior tratamiento, **estableciendo específicamente el régimen de garantías de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos** que habrá de respetarse ineludiblemente en las sucesivas fases de grabación y uso de las imágenes (art. 1°).

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD. LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS.

El art. 2° dispone: “Principios generales para la utilización de videocámaras. La utilización de videocámaras está regida por **el principio de proporcionalidad y razonabilidad**, en su doble versión de procedencia y de intervención mínima. La procedencia determina que sólo podrá emplearse la videocámara cuando resulte adecuado, en una situación concreta, para asegurar la convivencia ciudadana, la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, la elaboración de políticas públicas de planificación urbana, así como para la prevención de faltas e infracciones relacionadas con la seguridad pública. La intervención mínima exige la ponderación en cada caso, entre la finalidad pretendida y la posible afectación por la utilización de la videocámara al derecho a la propia imagen, a la intimidad y a la privacidad de las personas, de conformidad con los principios consagrados en nuestra Constitución Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cabe mencionar algunos precedentes jurisprudenciales referidos a estas cuestiones; en los que fue decretada la prohibición de instalación de cámaras de seguridad en escuelas, por encontrarse involucrados derechos personalísimos de menores de edad, por vía de la acción de amparo o de medidas autosatisfactivas. Como ejemplo, puede citarse los autos que tramitaron ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, **“Doval, Silvia Ileana y otros c.**

GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, 12/08/2011, LA LEY 24/08/2011, cita AR/JUR/42490/2011; Juzgado en lo Contencioso Administrativo Nro.2, La Plata, 2011/12/30 . – Poder Judicial c. Municipalidad de La Plata y Otro/a s/medida autosatisfactiva.[Cita on line: AR/JUR/84159/2011]; **Citas legales del fallo:** Leyes nacionales 21.173 (Adla, XXXV-D, 3594); 23.849 (Adla, L-D, 3693); 24.195 (Adla, LIII-B, 1356); 23.054 (Adla, LIII-D, 4125); 23.313 (Adla, XLIV-B, 1250); 26.061 (Adla, LXV-E, 4635); leyes provinciales 12.061 (Provincia de Buenos Aires) (Adla, LVIII-A, 856); 13.298 (Provincia de Buenos Aires) (Adla, LXV-B, 1819); 13.634 (Provincia de Buenos Aires) (Online)Jurisprudencia Vinculada; Ver también: Juzgado de Garantías del Joven Nro. 2, Mar del Plata, “R.J.M.”, 14/07/2011, DFyP 2011 (octubre), AR/JUR/33121/2011;CABA - JCAyT - “PEREZ ESQUIVEL ANDRES CONTRA GCBA SOBRE AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP N° A67410-2013/0 - 09/06/2014, entre otros.

III. Los arts. 3° y 4° regulan la procedencia de los lugares donde están instaladas las cámaras y los límites de su utilización; el Poder Ejecutivo **no podrá utilizar videocámaras para tomar imágenes en el interior de propiedades privadas, salvo por autorización judicial expresa**. En ningún caso podrán captar sonidos, excepto en el caso que sea accionado el dispositivo de emergencia y al sólo efecto de establecer la comunicación con el solicitante y entre otras disposiciones, dispone que en el supuesto que en forma accidental se obtuviesen imágenes cuya captación resulte violatoria de la presente Ley, las mismas deberán ser destruidas inmediatamente por quien tenga la responsabilidad de su custodia.

El art. 5°, conforme **art. 3° de la Ley N° 3.130, BOCBA N° 3251 del 04/09/2009**, establece el alcance análogo de las referencias a videocámaras contenidas en dicha Ley a cualquier medio técnico análogo y en general, a cualquier sistema que permita las grabaciones allí previstas.

El art. 6° dispone “Efectos jurídicos. La captación y almacenamiento de imágenes en los términos previstos en esta ley, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en al derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, siempre y cuando no contradigan lo establecido en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad, la ley 25.326 (Habeas Data) y la ley 1845.

IV. Entre otras disposiciones, es importante destacar el Título III de ley, que en el art. 17 regula la instalación de videocámaras en espacios privados de acceso público, que impone al responsable de aquellos

establecimientos en donde se instalen, la elaboración de un informe de acuerdo a lo establecido en los arts. 7° y 8° e inscribirse en el registro creado al efecto por la autoridad de aplicación.

El art. 18 dispone “Obligaciones. Aquellos establecimientos privados que instalen videocámaras en los espacios de acceso público, **están obligados a guardar las imágenes que las mismas registren por el término mínimo de treinta días (30) días**, las que podrán ser **requeridas por autoridad judicial en caso de existir una investigación de un hecho ilícito en curso que pueda ser esclarecido por las mismas**”; también impone su inscripción en un registro especial.

V. Según información obtenida de la página web oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, existe un **Centro de Monitoreo Urbano** con capacidad de monitorear las 24 horas las cámaras instaladas en 14 parques y plazas porteñas, en las calles aledañas a la Jefatura de Gobierno y la Legislatura, el Distrito Tecnológico y otros sectores.

Para poder visualizar las imágenes en tiempo real, se utiliza una red de fibra óptica de última generación que se extiende por distintas zonas de la Ciudad; todo lo que las cámaras captan es grabado en una sala de control y almacenamiento de última generación y en una sala anexa, aloja de modo restringido, el sistema de archivo digital de imágenes protegido con doble encriptación.

El funcionamiento del centro cuenta con un protocolo de actuación mediante el cual se prohíbe la difusión de cualquier imagen captada por las cámaras. **Solo pueden ser solicitadas por jueces para ser utilizadas como prueba.** El software utilizado impide que se tomen imágenes de lugares privados, como casas, departamentos, oficinas, limitando la visualización al espacio público.²⁴

En la página consultada se afirma la posibilidad de monitorear las cámaras de Metrovías instaladas en las estaciones de subterráneos, las autopistas que dependen de AUSA y las imágenes tomadas por la Dirección de Tránsito. A través de convenios firmados entre el Ministerio y asociaciones de comerciantes y vecinos, el Centro tiene la capacidad de realizar el seguimiento de las imágenes tomadas por las cámaras instaladas

²⁴ Centro Urbano de Monitoreo, Buenos Aires, (<http://www.buenosaires.gob.ar>)*Gobierno (gobiernodelaciudad)* Justicia y Seguridad (/justiciayseguridad)

por las organizaciones (Ingresar al Localizador de Cámaras (<https://200.16.89.79/SGAPM/frmConsultaCamaras2.php?menu id=35407>)).

VI. La ley 12297 de la Provincia de Buenos Aires, actualizada con las modificaciones de las leyes 12381 y 12874, regula las Actividades de las personas jurídicas prestadoras del servicio de seguridad privada, que se desarrollen en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, también sujetas a las políticas que se fijen con el objeto de resguardar la seguridad pública, entre otras disposiciones

Otro ejemplo lo constituye la reciente Resolución n° 374 del 06/10/2014, de la Agencia Territorial de Transporte de La Plata, que regula la instalación de cámaras de seguridad, en las unidades del transporte público, con los alcances y modalidades allí dispuestas; otras provincias han adoptado similares criterios (Córdoba, Mendoza, Santa Fé, Entre Ríos, entre otras).

Asimismo, es posible que la parte que cuente con el material fílmico lo pretenda hacer valer, acompañándolo como prueba documental, al iniciar la demanda o en su contestación. Ello es habitual en los supuestos de accidentes ferroviarios, debido a que **–en el marco de un “Plan de Medidas de Seguridad” promovido por el Ministerio del Interior y Transporte–** se han instalado cámaras en el interior de la cabina de conducción, en la mayoría de las formaciones, que van captando las imágenes dentro de la misma y en el exterior; también puede ocurrir que la contraria pretenda desconocer su contenido o invocar su adulteración. Será una cuestión a dilucidar mediante la prueba pericial informática correspondiente.

Como se ha expuesto en párrafos anteriores, el aporte de documentación en soporte no tradicional puede significar un gran avance orientado a cumplir con uno de los deberes de los jueces, cual es la búsqueda de la verdad objetiva, y sin lugar a dudas, la obtención del material fílmico captado por cámaras de seguridad en la vía pública, procurado a través del órgano judicial, resultará manifiestamente admisible.

VII. Podría suscitarse que, en un accidente de tránsito, donde la víctima fuera colisionada por un rodado cuyo conductor se diera a la fuga, habiéndole resultado imposible visualizar la chapa patente del vehículo

embistente, requiera dicho medio probatorio como recaudo previo a entablar debidamente la demanda.

En ese caso, considero que resultan aplicables, analógicamente, las previsiones del art. 323 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación “Diligencias Preliminares” pues las figuras allí enunciadas no son taxativas y será factible solicitar como medida preliminar, el libramiento de oficios al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a la Policía Federal Argentina, a los fines que remita el material fílmico que pudieran haber captado las cámaras filmadoras existentes en el lugar del siniestro denunciado.

Como es sabido, las diligencias o medidas preliminares tienen por objeto asegurar a las partes la posibilidad de plantear sus alegaciones en la forma más precisa y eficaz. Tienden, esencialmente, a la determinación de la legitimación personal de quienes han de intervenir en el proceso, o la comprobación de ciertas circunstancias cuyo conocimiento es imprescindible o manifiestamente ventajoso o útil, desde el punto de vista de la economía procesal, para fundar una eventual pretensión en juicio, tal como en el caso que aquí se trata.

VIII. La jurisprudencia ha dicho que cuando se pretende constatar un estado fáctico a través de la exhibición y resguardo de un video obtenido con una cámara de seguridad ubicada en la intersección de dos calles a fin de alcanzar la filmación de un accidente de tránsito corresponde hacer lugar a la diligencia preliminar y ordenarse la producción de la prueba solicitada (conf. Sumario N° 22715 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

Atento ello, y por aplicación analógica del artículo 327 del cuerpo legal antes mencionado, si el siniestro ocurriera, por ejemplo, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, deberá ordenarse el libramiento de sendos oficios a la Policía Federal Argentina – División “Requerimientos Judiciales de Imágenes” y al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires – Área Seguridad y Monitoreo Urbano, para que informen si en la zona en que hubiese ocurrido el evento dañoso existen cámaras de seguridad instaladas, y en caso afirmativo, remitan copia de las imágenes de las video filmaciones que se hubieran captado correspondientes a un siniestro acaecido el día, hora y lugar denunciado, en el que se vieran involucrados dos automóviles en movimiento, en el que deberá consignarse los datos correspondientes al rodado del accionante y la salvedad de desconocer la identificación del

restante vehículo interviniente, describiéndose en caso de ser posible marca y color; asimismo podría agregarse la petición de aplicarse en el informe ampliación o zoom de imágenes en caso de ser necesario para facilitar la visualización de la respectiva chapa patente de los rodados en cuestión.

IX. Se han evidenciado antecedentes donde el Jefe de Requerimientos Judiciales de Imágenes de la Policía Federal Argentina, **“División Requerimientos Judiciales de Imágenes- Superintendencia Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones”** envíe el material, consistente en UN (01) DVD+R conteniendo las imágenes extraídas del servidor del sistema que opera el personal de la División CENTROS DE MONITOREO Y VIGILANCIA, haciéndose constar que las mismas revisten el carácter de Master, no quedando copia en la Dependencia.

Si bien las computadoras (hardware) con las que generalmente cuentan los juzgados permiten su visualización, puede darse el supuesto, en que una vez ingresado el DVD a la CPU, que envíe la dependencia policial o la oficina correspondiente del Gobierno de la Ciudad, no pueda ser leído debido a que es necesaria la previa instalación del software que contiene el material enviado. En este caso, deberá acudir a la asistencia técnica correspondiente (Centro de Informática Judicial –Mesa de ayuda-) a los fines de solucionar el impedimento, mediante la aplicación del programa o software correspondiente, que generalmente ya viene incorporado al material fílmico, dejándose constancia de ello en autos, para así obtener una copia fiel y segura, y una vez que la parte interesada haya tomado vista de lo actuado, sea devuelto en ejemplar en MASTER a su Dependencia.

X. Otra posibilidad a considerar sería la petición de obtener –vía judicial- las imágenes captadas por cámaras de seguridad ubicadas en **edificios privados de acceso público**, que eventualmente hayan captado la comisión de un delito o cuasidelito, por ejemplo el hurto de una cartera con pertenencias de valor ubicado en el interior del armario de la habitación de una persona que se encontraba internada en un establecimiento médico, y que fuera sustraído mientras el paciente debió ingresar a otro sector del sanatorio, a realizarse una operación.

Podría ocurrir que al advertirse tal ausencia, el damnificado solicite la presencia de las autoridades del nosocomio y del personal de la empresa de seguridad, a los fines de la visualización de las cámaras instaladas

en los pasillos del piso de internación y como resultado, se pueda corroborar el ingreso de una persona extraña a la habitación y el retiro el mentado bolso abandonando el lugar.

Ante tal circunstancia, a los fines del resguardo de las imágenes obtenidas, será conveniente efectuar de manera inmediata, la pertinente denuncia policial y/o contar con la presencia de un notario, con el objeto de labrar el acta respectiva.

Ahora bien, en el caso de no haber sido factible obtener el material fílmico en esa instancia inmediata, el interesado podrá solicitar como medida preliminar, en los términos de la normativa procesal antes citada, el secuestro del material que pudiera haberse resguardado, por intermedio de un Oficial de Justicia, con la precaución de instar la medida preliminar de manera inmediata, dado que las imágenes captadas pueden ser “eliminadas” dentro de los treinta días, según las disposiciones analizadas en párrafos anteriores.

XI. Como puede apreciarse, la inmediatez en la aplicación de los mecanismos legales de preservación de las imágenes resulta trascendental, a los fines de lograr dicho cometido.

En lo que respecta a la proyección de este avance tecnológico en las causas judiciales, a la luz de la expresa admisión en el CCyC de la instrumentación de los documentos bajo estas modalidades digitales, cabe señalar que deberán ser los jueces, quienes según su arbitrio, decidan la procedencia de su incorporación, a través de los mecanismos procesales que puedan resultar aplicables.

11. INSTRUMENTACIÓN DE LA RENUNCIA A LA HERENCIA. INNOVACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA INFORMÁTICA.

I. Tal como se ha destacado en las consideraciones precedentemente expresadas, el CCyC introduce diversas disposiciones que expresamente admiten la incorporación de los soportes electrónicos en materia de instrumentación de los documentos.

Según se desprende de los fundamentos del Anteproyecto antes citado (Libro Quinto De la Transmisión de Derechos Por Causa de Muerte, basado en el Proyecto de 1998), dicha premisa constituye el fundamento de

la aplicación en un proceso judicial, del **artículo 2299 CCyC, que integra el Capítulo 3 Renuncia de la Herencia, del Título II Aceptación y renuncia del Libro Quinto “Transmisión de Derechos por Causa de Muerte”**, en tanto dispone “Forma de la renuncia. La renuncia de la herencia debe ser expresada en escritura pública; **también puede ser hecha en acta judicial incorporada al expediente judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento**”.

Si bien mantiene la regla que la renuncia debe ser expresa y realizada por escritura pública, también admite el acta judicial, bajo una modalidad nueva, **supeditando su admisibilidad a la condición de que el sistema informático asegure su inalterabilidad, en consonancia con lo dispuesto en materia de prueba de los actos jurídicos.**

II. Considero que este recaudo se encuentra cumplido para todos los actos procesales en los expedientes judiciales, dado que –tal como ha sido destacado en párrafos anteriores- el sistema informático judicial cuenta con el amparo de un ÓRGANO de GESTION JUDICIAL, mediante la aplicación de un software seguro (ver Compendio de normas de gestión judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y con el debido contralor de su veracidad.

No obstante, será una cuestión a analizar en la práctica e implementar los mecanismos procedimentales adecuados, a los fines de evitar eventuales o sobrevinientes planteos al respecto.

12. LOS CONTRATOS INFORMÁTICOS ANTE EL NUEVO CÓDIGO UNIFICADO. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE SOFTWARE. NORMATIVA APLICABLE. SUS IMPLICANCIAS EN EL ÁMBITO JUDICIAL.

Los contratos informáticos son las convenciones que tienen por objeto crear, conservar, modificar o extinguir obligaciones cuya prestación consiste en bienes y servicios vinculados al tratamiento automatizado de la información, que se caracterizan por 1) la especialidad de los aspectos técnicos; 2) la imprecisión del vocabulario; y 3) la estructura compleja de los contratos.

Por tales razones, no pueden ser analizados con los esquemas puros de los contratos típicos, pues comprenden prestaciones de variada

naturaleza, ya que la elaboración de un sistema no se agota con la locación, ni la compraventa, combinándose con otras figuras legales.

La referencia a “sistema informático” alude a la confluencia e interacción necesaria para el tratamiento automatizado de información, en un soporte físico (hardware); uno lógico (software); “información” en sentido amplio y usuarios que introducen, procesan y recuperan esa información.

Estos contratos nos enfrentan a una figura convencional de estructura compleja, con diversidad de prestaciones, objeto múltiple, que involucra generalmente pluralidad de partes que concurren a la integración del sistema (proveedores de hardware, de software, tratamiento de la información, capacitación de usuarios, etc) donde existe un gran vacío legal, debiendo acudir a las nociones generales de distintas ramas del derecho, agrupadas y analizadas por el Derecho Informático.²⁵

13. INTERPRETACIÓN A FAVOR DE LOS USUARIOS.

I. Los contratos informáticos, en caso de duda, deben interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara para no confundir al adquirente, ya que recae sobre aquél una obligación de información y consejo.

No obstante ello, la jurisprudencia no ha sido uniforme, pues la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, en conflictos en los que el adquirente de programas de computadora rechazaba el pago por considerar que el producto no era apto, se ha caracterizado por considerar a la contratación como compraventa mercantil, exigiéndose la prueba pericial, conforme art. 476 Cód. de Comercio (C.Nac.Com. Sala B, 17/10/2003 “Informix Software Argentina S.A. C/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.” LL, 2004-D-300).

En otros supuestos ha seguido un criterio distinto, al entender que el conflicto suscitado entre dos empresas que firmaron un contrato para la provisión e instalación de un software, en el que ante el mal funcionamiento de dicho sistema informático la usuaria interpuso una demanda de rescisión contractual y daños y perjuicios, se resolvió haciendo lugar a la misma, considerando que se trataba de obligaciones de resultado, lo que implica que al usuario le basta con demostrar la falta de obtención del interés final pretendido para que surja una presunción de adecuación causal contra el proveedor demandado, incumbiendo a éste probar la ruptura del

²⁵ Molina Quiroga, Eduardo. “Responsabilidad contractual en contratos informáticos”, publicación en RCyS 2014-v, 78, Cita Online: AR/DOC/922/2014

nexo causal para eximirse de responsabilidad (C. Nac.Com, Sala D, 13/5/2008 “Argentoil S.A. c/ Soft Pack S.A.”, II 2008-D-367).

II. Es dable destacar la postura de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, en un fallo de la C.S.J. de Mendoza, que explicó “el usuario y el suministrado de un servicio informático se aproximan a la negociación con actitudes radicalmente diferentes: el primero espera del contrato un cierto resultado funcional, una solución práctica adecuada a su problema; mientras que el segundo tiende a prometer una simple correspondencia del sistema a determinadas características y especificaciones técnicas. Así, se produce una verdadera dicotomía entre una contratación que, por el contrario, está más atenta a la obtención de determinados resultados. Es decir, el adquirente pretende del suministrador una verdadera obligación de resultados; el enajenante, en cambio, cree estar obligado a una de medios”.²⁶

III. Sabido es que la reforma de la Constitución Nacional de 1994 ha incorporado como “derecho de los consumidores y usuarios” el de una información adecuada y veraz, el cual es plenamente aplicable para exigir el cumplimiento del deber de consejo del proveedor al cliente.

En la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, establece en el art. 4° que “El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.

IV. Los contratos informáticos no han sido expresamente contemplados dentro del Título IV. Contratos en Particular, del CCyC. No obstante pueden ser incluidos en el Título III. Contratos de Consumo (arts. 1092 a 1095) y asimismo, resultarán aplicables las previsiones del Título II Contratos en General, Capítulo 1. Disposiciones Generales y el art. 970 Contratos nominados e innominados; el art. 959 Efecto Vinculante de los contratos y el Capítulo 3 del Título IV Contrato de Suministro (arts. 1176 a 1186).

En los procesos judiciales donde se diriman estas cuestiones, será de suma importancia la valoración de la carga de la prueba que deba

²⁶ Ver Molina Quiroga Horacio, obra citada.

efectuar el juez y la eventual necesidad de su producción, según el caso en concreto y la complejidad de la cuestión planteada, bajo las normas antes referenciadas.

14. RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DEL SOFTWARE.

I. El concepto de **SOFTWARE** se encuentra en constante y permanente desarrollo. Una definición técnica del mismo obtenida del conocido diccionario o glosario Mc Graw Hill de computación consiste en “el conjunto de programas utilizable en una clase de computadoras, junto con la documentación asociada a la computadora o los programas, tales como manuales, diagramas, instrucciones de funcionamiento, etc, que se han agrupado dos grandes categorías de software: libre o de propiedad.

II. En los comienzos de la aparición de era informática, que podría decirse en nuestro país se remonta a la década del 80, la ley de propiedad intelectual 11.723, dictada en el año 1933 obviamente no se refería a los programas de computación pues no existían a la fecha de su promulgación y por ese motivo, la Dirección Nacional de Propiedad Intelectual rechazaba los pedidos de patentamiento.

No obstante, las cuestiones litigiosas con relación a los derechos de los programadores o creadores de software, y del uso que los particulares y las empresas pudieren efectuar respecto de los programas, comenzaron a hacerse sentir, lo que daba lugar a discusiones jurisprudenciales y doctrinarias que recién hacia el año 1994, con el dictado del Decreto 165/1994 (BO 08/02/1994) vino a confirmar una larga postura jurisdiccional y doctrinaria que se inclinaba a favor del reconocimiento de su titularidad.

Por tal razón, se consideró necesario implementar un régimen especial para su registro en la Dirección Nacional del Derecho de Autor, por lo cual el entonces presidente de la Nación, Dr. Carlos S. Menem decretó que se entenderá por obras de software, incluidas entre las obras del art. 1 de la ley 11.723, a las producciones constituidas por una o varias expresadas en los diseños, tanto generales como detallados, de flujo lógico de los datos de un sistema de computación; los programas de computación, tanto en su versión “fuente” destinada al lector humano, como su versión “objeto”, destinada a ser ejecutada por un computador; a documentación técnica con fines de explicación, soporte o entrenamiento, para el desarrollo, uso o mantenimiento del software.

También regulaba la modalidad de registración de obras de bases de datos y de obras de software inéditas.²⁷

Ese mismo año, fue dictada la ley 24.425 que en su art. 50 que aprobó el Acta Final en que se incorporaron los resultado de la ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, entre otros y que trató entre otros aspectos, acuerdos sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, expresamente permite el requerimiento y adopción de medidas a los fines de determinar la posible existencia de infracciones a las leyes que regulan la propiedad intelectual, relacionadas con el software.

III. En el ámbito internacional, que es derecho positivo en nuestro país, se cuenta con las normas de la **Convención de Berna, a la que nuestro país adhirió mediante la ley 17.251**, que establecen que el goce y ejercicio de los derechos, entre ellos los de propiedad intelectual, no están sujetos a formalidad alguna, y que es independiente de la existencia de protección en el país de origen, por lo cual se protegen directamente los derechos autorales. Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, en fallos como SADAIC C/ MEDIC GEM, SADAIC c/ Puig Mayor Discoteque, entre otros.

IV. Sin duda, el dictado de la **ley 25.036, promulgada el 11/11/1998**, es la normativa de protección del software más relevante en materia civil, en tanto modificó varios artículos de la ley de propiedad intelectual e **introdujo expresamente a los programas de computación fuente y objeto las compilaciones de datos, o de otros materiales, en el artículo 1º dentro de la concepción de obra amparadas por la ley 11.723**, e incorpora la posibilidad de reproducción de una copia de salvaguardia a quien haya recibido del autor o derecho habientes de un programa de computación y que la explotación de la propiedad intelectual de un programa de computación incluye los contratos de licencia para su uso y reproducción.

Basta con ingresar a la página web de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, que es organismo dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, para visualizar que en el listado de registraciones, figura **“SOFTWARE”** y prevé una serie de requisitos y formularios, que deben completarse para realizar el trámite correspondiente.

²⁷ Palazzi, Pablo “La protección jurídica de los programas de ordenador”, (<http://www.alfaredi.org/revista/data/8-8.asp>). Martín Carranza Torres, “Problemática Jurídica del software libre”, 2004 LexisNexis.

El art. 2 ley 11.723 dispone que el titular de derecho sobre propiedad intelectual sobre una obra tiene la facultad de disponer de ella, publicarla, distribuirla, por ello, todo aquel que realice una reproducción de software que no cuente con la debida autorización del autor comete una infracción que en sede penal se encuadra dentro del delito de estafa, con penas de uno a seis años de prisión.

También cuenta con amplia protección en el ámbito penal, conforme las figuras que se regulan en el Código Penal de la Nación y que fueron incorporadas por la ley 26.388 sobre Delitos Informáticos, dictada el 26/06/2008 (ver arts. 77; 128; 153 y 153 bis, 155, 183, entre otros).

Como puede apreciarse, el régimen de protección legal del software se integra por las diversas normas antes enunciadas y no ha sido materia de tratamiento en el nuevo Código Civil y Comercial.

V. No obstante, el software encuentra su amparo a través de las herramientas que brinda el derecho procesal, como medidas de prueba anticipada, conforme el art. 326 CPCCN, con el objeto de constatar la posible utilización indebida de los productos de software de titularidad del actor, como ser copias ilegítimas en cualquier soporte magnético o la instalación de productos de software sin contar con la debida licencia, por parte de empresas o usuarios IP determinados, y que tiene por objeto evidenciar fehacientemente dicho uso indebido, para promover una eventual demanda de daños y perjuicios.

La modalidad de estas medidas consiste en la petición de una constatación por intermedio del Oficial de Justicia, acompañado por el perito licenciado en sistemas informáticos que se designa por sorteo oficial del juzgado.

Se admiten usualmente este tipo de pedidos, con sustento legal en el art. 79 ley 11.723 y las restantes antes aludidas, siempre y cuando se acredite la legitimación activa de la parte actora, quien debe acompañar los pertinentes certificados de titularidad expedidos por la Dirección Nacional del Derecho de Autor y se la admite siempre que la misma se destine a obtener elementos indispensables para resguardar los derechos consagrados por la ley de propiedad intelectual 11.723.

Cabe señalar que en este tipo de medidas son competentes los juzgados civiles, encontrándose involucradas cuestiones que atañen al

derecho de autor, independientemente del carácter comercial de las empresas que sean parte.

Consiste en una medida inocua, que se realiza en breves minutos, y que se limita a la comprobación por parte del experto y del oficial de justicia, que no debería causar interrupciones prolongadas en el lugar donde se realice y que no debe interferir en el normal desarrollo de las funciones que se le hayan dado.

En la primera providencia se dispone la orden de un mandamiento de constatación, a los fines que el Oficial de Justicia se constituya en las oficinas de la empresa o persona demandada, conjuntamente con el perito licenciado en sistemas informáticos, a efectos que proceda a practicar un detallado y documentado inventario de las reproducciones de propiedad de la actora, que existan en cualquier soporte físico o lógico de almacenamiento, discos rígidos, diskettes, cd, pendrives y otros, así como de los certificados de licencias que se encuentren en poder de los peritados, brindando la mayor cantidad de datos posibles acerca de las fechas de su instalación, además de auditar las computadoras. A los fines de verificar las diferencias entre productos instalados y licencias adquiridas, deberá tomar en la diligencia debida nota de las correspondientes licencias de uso, consignando datos de su cantidad, vencimiento y demás cuestiones de interés para la realización de la constatación.

Debe tenerse en cuenta que esta diligencia se realiza “inaudita parte”, dada la volatilidad que caracteriza a los sistemas informáticos y por el riesgo de que la prueba pudiere tornarse incorporable al proceso en su etapa habitual, o desapareciera, sin necesidad de la intervención del defensor de menores, pues han entendido la jurisprudencia, por tratarse de una medida asegurativa, tendiente a evitar la frustración de la comprobación, máxime cuando la misma se realizará en la sede de la entidad demandada, la cual podrá tomar conocimiento directo de la diligencia de que se trata y podrá ejercer el debido contralor de la misma, asegurándose así el derecho a la bilateralidad y la garantía de defensa en juicio (conf. Fallos de la Cámara Civil en autos Microsoft c/ Allarúa, “Adobe systems c/ Cambios Trade Travel sa, entre muchos otros).

Como medida de prudencia que pueda conciliar el derecho de propiedad intelectual, industrial y el libre ejercicio del comercio y con las garantías constitucionales de privacidad, es adecuado que en la resolución que la admita se ordene hacer constar en el mandamiento a librarse una especial leyenda referida a que, aun cuando el experto detectara el uso no licenciado, la contraria continuará utilizando los mismos programas

instalados en sus máquinas, puesto que la medida no importa ninguna modificación de las circunstancias que se verifiquen, sin que pudiera inmiscuirse ingresando a otros sistemas ajenos a la actora y manteniendo el estado de los archivos en la misma forma en que los haya encontrado.

El legitimado pasivo no es necesariamente el propietario de la máquina en que está instalado el programa, sino quien lo utiliza o se encuentra razonablemente en aptitud fáctica para utilizarlo. La infracción puede ser cometida por el usuario actual o potencial no licenciado. (Conf. Microsoft c/ Ancal sa, del año 2011).

15. EL COMERCIO ELECTRÓNICO. LOS CONTRATOS DE CONSUMO. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN.

I. Se han puesto de manifiesto los importantes efectos que los avances de la tecnología digital ha provocado en la sociedad, proyectados en diversos ámbitos de la sociedad: económico, cultural, político, judicial, etc.

Así, el comercio electrónico surge como una necesidad de implementación, como consecuencia de las demandas de las empresas y el ámbito administrativo, para efectuar un uso más aprovechable de los medios informáticos y así poder obtener una aplicación beneficiosa de las nuevas tecnologías que surgieron en la nueva realidad de la Sociedad de la Información, en aras a fomentar y mejorar la calidad de las relaciones entre clientes y proveedores.

De esta manera, se inicia liminarmente entre empresas, en el mundo de los negocios (*business to business*) con la introducción de Intercambio Electrónico de Datos (EDI, por sus siglas en inglés: *electronic data interchange*) que es la transmisión estructurada de datos entre organizaciones por medios electrónicos, que se usa para transferir documentos electrónicos o datos de negocios de un sistema computacional a otro.

II. Desde hace mucho tiempo, el comercio electrónico fue avanzando en su orientación hacia el consumidor; ejemplo de ello son las transacciones que se realizan en un cajero automático o con una tarjeta de crédito, pues con su utilización se hace uso de transacciones de comercio electrónico.

Así, pueden referenciarse los contratos de consumo que pueden celebrarse entre empresas y consumidores; entre consumidores y entre gobiernos.

Todas estas concepciones -cuando se refieren al comercio electrónico-, es habitual que se las distinga entre “business to business; business to consumer; consumer to consumer y government to government”, que se expresan en siglas en inglés y en un tecnolenguaje específico, ampliamente conocidas en el derecho vigente. Es decir, se trata de las relaciones de derecho público, privado y dentro de éste último caso, las relaciones empresariales o entre empresas y consumidores.²⁸

III. Existen diversos organismos internacionales que intervienen en la regulación del comercio electrónico internacional, por ejemplo OMC Organización Mundial de Comercio; la CNUDMI (o UNCITRAL) –Comisión de las Naciones Unidas, reconocida como el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional. Órgano jurídico de composición universal, dedicado a la reforma de la legislación mercantil a nivel mundial durante más de 40 años. La función de la CNUDMI consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional; la OCDE –Comisión para la Cooperación y Desarrollo Económico, entre otras.

La Unión Europea emite Directivas desde 1996, a fin de promover distintas iniciativas para crear un marco jurídico común a escala Europea.²⁹

También se han dictado normas relativas a la protección del comercio electrónico y a la defensa del consumidor, en el ámbito del Grupo Mercado Común del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), conforme Resoluciones 7/2002; 104/2005 entre otras.

IV. Podría afirmarse, que el cambio más significativo que se evidenció en el marco del comercio electrónico, ha sido la puesta en marcha del **Internet**, cuya aparición ha sido progresiva pero en gran expansión, pasando a ser un instrumento de suma importancia, tanto en la vida cotidiana de las personas, como en gran proyección hacia el desarrollo y aplicación a los mercados internos e internacionales, mediante la aplicación de estas nuevas tecnologías, vislumbrándose un mercado diferente, donde la distancia y el tiempo son superados y el cliente deja su rol de receptor de la información, para convertirse en un consumidor activo.³⁰

²⁸ Bibiana Luz Clara, obra citada, pág.137.

²⁹ Lisandro Allende, conferencia “E-Commerce: aspectos generales, normativos y contractuales”, del Seminario “Internet y Derecho”, 08/09/2000, Mar del Plata.

³⁰ Otero Hidalgo, C “El comercio electrónico. Fundamentos y situación en España. Estudios institucionales”, Madrid, 1998, Pág. 29.

En lo que respecta al consumo, la “web” aumenta considerablemente las posibilidades de interacción entre los usuarios, para adquirir bienes y servicios, disminuir el tiempo de elección al real, con grandes beneficios, pero también ciertos perjuicios, pues algunos estudios arrojan un resultado negativo, en lo que se refiere a la vulnerabilidad del derecho de los consumidores, incumplimientos contractuales, etc.³¹

Ello determina la importancia de analizar la dinámica del comercio electrónico y así poder establecer el marco regulatorio que lo contiene y advertir cuáles son las eventuales ventajas e inconvenientes, que se proyectarán en los procesos judiciales, a partir de la vigencia del CCyC.

16. EL CONTRATO ELECTRÓNICO. NOCIONES PREVIAS. PRINCIPIOS APLICABLES.

I. El contrato electrónico se caracteriza por el medio empleado para celebrarlo, cumplirlo o ejecutarlo, que puede ser celebrado digitalmente en forma total o parcial. En el primer caso, las partes elaboran y envían sus declaraciones de voluntad (intercambio electrónico de datos o por una comunicación digital interactiva); en el segundo, solo uno de estos aspectos es digital: una parte puede elaborar su declaración y luego utilizar el medio digital para enviarla; se puede enviar un mail y recibir un documento escrito para firmar.

También puede ser cumplido total o parcialmente en medios digitales: el primer caso se transfiere un bien digitalizado, por ejemplo, información sobre una base de datos, música, software, y se paga con “moneda digital”, por ejemplo, una tarjeta de crédito digital; en el segundo, se envía un bien digital y se paga con un cheque bancario; o se envía un bien físico por un medio de transporte y se paga con transferencias electrónicas bancarias.

II. En lo que respecta al “medio electrónico”, muchos sistemas legales han extendido esta noción al medio telefónico, electrónico o telemático³² y también en algunas legislaciones se agrega otro elemento de calificación: se celebra sin la presencia física de los contratantes. En principio,

³¹ Posición de Consumers International Informe, septiembre de 1999.

³² Decreto 1906/99 de España.

se aplican las normas generales de los contratos en cuanto a la capacidad, objeto, causa y efectos que están en cada sistema legislativo.³³

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN.

El principio jurídico aplicable es el de la “no discriminación”, es decir que tienen vigencia las reglas generales sin que pueda invocarse la sola presencia del medio digital para desecharlas.

17. CARACTERÍSTICAS DEL MEDIO ELECTRÓNICO.

-Se utiliza tanto en el ámbito público como en el privado;

-Entre empresas y con los consumidores;

-El modo de celebración es consensual, que perdura en el medio electrónico, donde las partes pueden comunicarse mediante una computadora, intercambiar propuestas y celebrar un contrato;

-El modo de la celebración es automático, mediante la aplicación de tecnología interpuesta entre la persona física y la declaración, ya que las partes no actúan personalmente, sino que programan una máquina para que tome decisiones con diferente grado de autonomía;

-Contratos celebrados por adhesión, a diferencia del anterior, se trata de la mera aceptación a cláusulas predispuestas por la otra parte;

-Contratos internacionales y nacionales, que provoca grandes desequilibrios en el derecho nacional;

-Contratos sometidos a legislación especial. Tanto en la legislación como en una sentencia judicial, debe establecerse si hay una legislación especial que regula el contrato y en qué medida está afectada por el medio digital.³⁴

18. LA RELACIÓN DE CONSUMO EN LA LEGISLACIÓN ANTES DE LA DEROGACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

³³Alterini, Atilio, Contratos Civiles y Comerciales y de consumo, AbeledoPerrot, Bs As, 1998; Stiglitz Rubén, Contratos Civiles y Comerciales, AbeledoPerrot, Bs As, 1998; Gago, Fernando, Contratos en Internet. Legislación nacional. Aspecto intrínseco. Capacidad. Objeto y consentimiento”, LL, 7/2/2000; Azar, María José, “El consentimiento en la contratación electrónica”, ponencia publicada en Perú.

³⁴Lorenzetti, R, “Tratado de los contratos”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe y en “Comercio Electrónico”, pag. 175/176.

En la Argentina, fue sancionada la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (BO. 15/09/1993) que contenía la definición del consumidor en su art. 1° incluyendo a los usuarios como las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) la adquisición o locación de cosas muebles; b) la prestación de servicios; c) la adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terreno adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas. Tal concepto fue luego reglamentado por el decreto 1798 de 1994 que amplió la acepción a otros supuestos.

Dicha ley fue reformada por la ley 26.361 y en su articulado incorpora nuevos institutos y modifica otros ya consagrados, amplía plazos, determina pautas más rígidas en las relaciones de las empresas prestatarias de servicios públicos con los usuarios, define requisitos y cualidades de la información que debe ser brindada al consumidor, fija el concepto de daño punitivo y daño directo; permite resolver el contrato exigir la devolución del dinero a voluntad del consumidor, en caso de incumplimiento a la ley del proveedor y sienta el principio **“en caso de duda, a favor del consumidor”**, entre otras novedades.

Otra importante modificación introducida es la contenida en el art. 10, que dispone **“Cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación...”**.

19. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO. PROYECCIONES EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

I. La ley 26.994 aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación como Anexo I y el Anexo II que integra dicha ley, en el cual se dispuso la sustitución de las leyes que indica el mismo (arts. 1° y 2°) y derogó las normas citadas en el art. 3°.

Establece el Anexo II, ap. 3. 3.1. Sustitúyese el art. 1° de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361, por el siguiente:

Art. 1° - Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física 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.

Queda equiparado al consumidor 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 y onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar.

Además sustituyó los textos de los artículos 8 “Efectos de la publicidad”; 40 bis “Daño directo” y 50 “Prescripción” de la ley 24.240, modificada por la ley 26.361.

II. El Código Civil y Comercial regula los “Contratos de Consumo”, en el Título III, en cuatro capítulos (arts. 1092 a 1122).

En Capítulo 1, el art. 1092 define la relación de consumo como **el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor** en las modalidades que indica ley el 2° sienta la noción de contrato de consumo entre ellos y sus características; los arts. 1094 y 1095 fijan **reglas** de interpretación de las normas y los contratos de consumo, en el **sentido más favorable al consumidor** y si exigen dudas sobre los alcances de la obligación, **se adopta la que sea menos gravosa**.

El Capítulo 2 regula la formación del consentimiento (arts. 1096 a 1099) y fija el ámbito de aplicación en materia de prácticas abusivas; el trato digno, equitativo y no discriminatorio, la libertad de contratar (Sección 1ª); los arts. 1100 y 1101 establecen respectivamente, el deber de suministrar información al consumidor de manera cierta y detallada y el de prohibición de publicidad engañosa, falsa, que induzca a error al consumidor, abusiva, etc.

20. EFECTOS DE ESTA NORMATIVA EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

I. Sin perjuicio de la regla general de legitimación prevista por el art. 1772 CCyC para el ejercicio de la acciones de responsabilidad, cabe destacar que **el art. 1102 concede a los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados a solicitar al juez**: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del mandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria, con los efectos previstos en el art. 1103.

En lo que respecta a **la legitimación en la acción preventiva que prevé el art. 1711**, será cuestión a analizar los hechos y el derecho invocados en la demanda y así determinar si quien peticiona se encuadra en lo previsto por el art. 1712 del nuevo código que la otorga a **“...quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.”**

El recaudo de “acreditar un interés razonable” parece imponer la carga de demostrar “*ab initio*” con prueba de entidad suficiente, conforme el art. 377 CCyC. Dependerá del caso concreto evaluar las modalidades de tal comprobación, y para ello, el juez cuenta con las facultades suficientes.

II. Otra referencia importante que debe tenerse presente, es la disposición del art. 1720 del nuevo código, **que establece que el consentimiento del damnificado, aunque sea libre e informado, no exime si constituye cláusula abusiva.**

Estas acciones deberán ser analizadas por el Juez, en concordancia con las normas que regulan la Responsabilidad Civil, Capítulo 1 del Título V “Otras Fuentes de las obligaciones” según las funciones de la responsabilidad allí consagradas (ver Secciones 1 a 7) y demás concordantes.

El régimen de responsabilidad objetiva, por daños derivados de cosas o servicios previsto en el art. 40 ley 24.240, se complementa con el art. 1757 que regula “Hecho de las cosas y actividades riesgosas”.

III. Como puede apreciarse, la incorporación del Derecho de Defensa del Consumidor en la normativa de la nueva norma unificada, que emana de la Constitución Nacional reformada en el año 1994 (arts. 42 y 43), dentro del marco normativo del Derecho Privado, completa así el sistema integral de protección, que se encuentra vigente, con los consiguientes beneficios que ello conlleva.

De esta manera, se considera que el Derecho del Consumidor en el Código Civil y Comercial importa una evolución signada por la jerarquía, eficacia y estabilidad del sistema de protección jurídica y el fortalecimiento del principio protectorio, a través de los arts. 7, 11, 1094 y concordantes de la citada ley y bajo su luz, deberán interpretarse las normas que regulan las relaciones de consumo.³⁵

³⁵ Gabriel A. Stiglitz “La Defensa del Consumidor en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación, dir. Ricardo L. Lorenzetti, La Ley, pág. 137/138.

21. LOS CONTRATOS DE CONSUMO. MODALIDADES ESPECIALES.

I. En el Capítulo 3 del Título III de los Contratos de Consumo, se establecen las **MODALIDADES ESPECIALES**, que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia y por medios electrónicos. Se los define, se fijan las reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor.

El art. 1104 regula los **Contratos celebrados, fuera de los establecimientos comerciales** y establece: “Está comprendido en la categoría de contrato celebrado fuera de los establecimientos comerciales del proveedor el que resulta de una oferta o propuesta sobre un bien o servicio concluido en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia, los que resultarán de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objeto de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de a contratación o se trate de un premio y obsequio”.

Por su parte, el art. 1105 establece que los contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, **se consideran medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión y prensa.**

El art. 1106 complementa la disposición que antecede, respecto a la **“Utilización de medios electrónicos”** indicando “Siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

II. Seguidamente, el art. 1107 regula la **“Información sobre los medios electrónicos”** y establece “Si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”.

Con relación a las **Ofertas de contratación por medios electrónicos o similares**, de conformidad con el art. 1108, deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario. El oferente debe **confirmar por vía electrónica** y sin demora la llegada de la aceptación.

III. En lo que respecta al lugar de cumplimiento, en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, de acuerdo a lo normado por el art. 1109, se considera **lugar de cumplimiento aquel en que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.**

Las demás disposiciones contenidas en los arts. 1110 a 1116 regulan las cuestiones referidas al derecho irrenunciable de revocación de la aceptación, dentro de los diez días computados a partir de la celebración del contrato.

IV. A modo de síntesis, los artículos transcritos precedentemente, que regulan estas modalidades especiales, constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo, con la implementación de medios electrónicos, y así fijan las **reglas generales** aplicables y establecen algunas **específicas** derivadas del control del medio que habitualmente ejerce el proveedor, **complementando así las existentes en los arts. 32 a 34 de la ley especial (26.361)** y que son las siguientes:

- El deber de información enfocado en la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado;
- La oferta que se expone en estos medios está vigente durante el tiempo en que permanezca accesible, y el oferente debe comunicar la recepción de la aceptación;
- El derecho a la revocación;
- El lugar de cumplimiento es aquel en que el consumidor hubiera recibido la prestación y fija la jurisdicción.

Se sigue la técnica de reglas generales que pueden ser complementadas por la legislación posterior específica³⁶; resultarán asimismo aplicables, las disposiciones contenidas en el Capítulo siguiente (4)

³⁶ Código Civil y Comercial, concordado con el régimen derogado y referenciado con la legislación vigente, ed. Astrea, pág. 322.

en cuanto al control judicial que se regula expresamente en el art. 1122 para los contratos de consumo, que serán referenciados seguidamente.

22. CONTROL JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

I. La incorporación en el CCyC del control judicial de las cláusulas que pudieran resultar abusivas, encuentra su antecedente en el régimen del CC en los arts. 907; 954; 1071 y 1198 y complementa la ley 24.240, arts 36 a 39, en tanto encomienda a los jueces la realización de un adecuado contralor en los contratos de consumo, cuando el interesado les atribuya tal carácter, fijando las pautas que deberá tener en consideración, a la hora de efectuar el análisis valorativo, en el caso concreto.

En el Capítulo 4 se regula la cuestión relativa a las **CLÁUSULAS ABUSIVAS en los Contratos de Consumo** (arts. 1117 a 1122) siguiendo el lineamiento del principio protectorio en materia de contratos de consumo, que propicia siempre la tutela más favorable al consumidor y asienta la regla general en el art. 1119 al señalar que **es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto, provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.**

Se diferencia de la “**situación jurídica abusiva**” en tanto el mismo resultado se alcanza, pero a través de la **predisposición de una pluralidad de actos jurídicos conexos (art. 1120).**

II. En el régimen del control judicial de las cláusulas abusivas que establece el art. 1112, **se fijan las reglas por las cuales debe regirse, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, de la siguiente manera.**

- a) La aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control.
- b) Las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas.
- c) Si el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad.
- d) Cuando se prueba una situación jurídica abusiva derivada de contratos conexos, el juez debe aplicar lo dispuesto en el art. 1075.

Tales pautas orientadoras deberán ser consideradas por los jueces a los fines de la evaluación del tenor de las cláusulas señaladas como abusivas, sin perjuicio de su potestad discrecional y en concordancia con las demás disposiciones aplicables, según el supuesto en concreto.

23. CONTRATOS BANCARIOS CON CONSUMIDORES Y USUARIOS.

I. Se ha entendido que el criterio de clasificación de los actos de comercio, nítidamente establecido en el juego armónico de los arts. 7° y 8° del Código de Comercio reemplazado por el nuevo código, se ha difuminado en éste, destinado a regular más un mercado desarrollado en constante interacción entre empresarios y consumidores que ámbitos específicos de actuación exclusiva de comerciantes, en una economía de mercado sin fronteras, con exponencial desarrollo del comercio vía electrónica y la delineación de un derecho de los negocios, que tiene como centro a la empresa –más allá del tradicional concepto de comerciante- y abarca relaciones en masa propias de los contratos de distribución y de redes de contratación conexas³⁷.

II. El art. 1384 del párrafo 2°, Capítulo 12 del Título III del Libro Tercero del nuevo Código unificado, dispone “Aplicación. Las disposiciones relativas a los contratos de consumo son aplicables a los contratos bancarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1093”; asimismo se establecen disposiciones relativas la transparencia de las condiciones contractuales, que disminuyan la litigiosidad y a la publicidad, propuesta y documentación contractual, que debe indicar con precisión y en forma destacada si la operación corresponde a la cartera de consumo o a la cartera comercial (arts. 1378 a 1383).

Hasta el presente, no existían en nuestro ordenamiento jurídico normas que regulen los contratos bancarios como una categoría legal autónoma. Las leyes sobre tarjetas de crédito y leasing, entre otras disposiciones relativas a la cuenta corriente bancaria insertas en el Código de Comercio, como algunas otras previsiones generales sobre contratos garantías constitucionales establecidas en el Código Civil, representaron sólo una parte de las distintas variantes de contratos que conformaban esta específica categoría, aunque sin integrar una metodología legal que los haya

³⁷ Gustavo Caramelo y Cecilia B. Kandus “El Contrato de Cuenta Corriente en el Nuevo Código Civil y Comercial”, Código Civil y Comercial de la Nación “Contratos en Particular”, Suplemento Especial, Director Rubén S. Stiglitz, La Ley Thomson Reuters, pág. 329.

sistematizado armónicamente a todos ellos, como a tantas otras operaciones que la práctica bancaria cotidianamente reconoce; en lo que respecta a los contratos bancarios celebrados “con consumidores y usuarios”, cabe tenerse en cuenta las disposiciones de Protección al Consumidor según ley 24.240, reformada por la 26.361.³⁸

Las normas referenciadas precedentemente, deberán ser aplicadas en los procesos judiciales, de manera armónica con la normativa vigente en materia de protección a los consumidores, los principios generales enunciados y en concordancia con los lineamientos que han sido analizados en párrafos anteriores, relativos al comercio electrónico.

24. CONTRATACIÓN INTERNACIONAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE CONSUMO. JURISDICCIÓN Y DERECHO APLICABLE.

I. Tal como se ha referenciado en párrafos anteriores, la contratación electrónica tiene, entre otras ventajas para ambas partes, la posibilidad de contratar sin límites geográficos, permitiendo así a los proveedores tener presencia global; el comercio electrónico no se detiene frente a las barreras nacionales, ya que está basado en una tecnología propia de la economía globalizada. Este proceso ha sido favorecido por normas homogéneas de escala global sobre firma electrónica y documento electrónico; protección del consumidor que se traduzca en la participación de organismos internacionales de control y de sistema de arbitraje para fijar jurisprudencia.³⁹

Consecuentemente, emergen nuevos desafíos relativos a la necesidad de armonizar las legislaciones sobre comercio y control de transacciones internacionales.

II. En el Título IV Disposiciones de Derecho Internacional Privado, Capítulo 1°, art. 2494 se establece “Normas Aplicables”. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos

³⁸ Diego Martín Parducci “Contratos Bancarios con Consumidores y Usuarios”, Código Civil y Comercial de la Nación “Contratos en Particular”, Suplemento Especial, Director Rubén S. Stiglitz, La Ley Thomson Reuters, pág. 241.

³⁹ Posición de Consumers International, cit por Ricardo L. Lorenzetti, obra citada, pág. 226

nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso, y en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

En la Sección 12ª titulada CONTRATOS DE CONSUMO, rigen los artículos 2654 en materia de Jurisdicción; el art. 2655 en cuanto al Derecho aplicable.

III. De su lectura, surgen las siguientes conclusiones: sobresalen dos aspectos en el Código Civil y Comercial de la Nación: a) la imposibilidad de la celebración del acuerdo de selección de foro, es decir la prohibición del ejercicio de la autonomía de la voluntad en materia de jurisdicción internacional; y b) que el legislador argentino no contempla el foro por antonomasia de tutela del consumidor, vale decir, le veda la posibilidad de que el consumidor entable la acción ante los jueces de su propio domicilio, despojándolo del foro más accesible para la defensa, para la protección acabada de sus derechos.⁴⁰

El análisis de la jurisdicción y la competencia en materia de comercio electrónico internacional, deberá ser apreciado por los jueces a la luz de dicha normativa. Será un gran desafío, considerando el tenor de la nueva regulación, en cuanto a las limitaciones señalizadas precedentemente y los eventuales conflictos que puedan suscitarse en torno al órgano competente.

25. RESPONSABILIDAD DE LOS MOTORES DE BÚSQUEDA DE INTERNET. LA POSTURA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

I. Se ha dicho que el “poder informático”, consecuencia inevitable del avance permanente en materia informática y de telecomunicaciones, lleva a concluir que una de las disciplinas de mayor desarrollo en el ámbito de la tecnología aplicada a la sociedad, es la

⁴⁰ Cód. Civil y Comercial, obra citada, pág. 686 “Fundamentos”.

protección de datos personales, situándonos en un nuevo escenario jurídico. Los permanentes desafíos informáticos obligan a abandonar el concepto de intimidad, exigiendo avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal, posibilitando al interesado el control para la preservación de su libertad informática, que debe conciliarse, con el rol preponderante de la Internet, en relación a la libertad de expresión, de dimensión personal o colectiva.⁴¹

Es importante destacar la vigencia de la **ley 26.032 de SERVICIO DE INTERNET, sancionada el 18/05/2005 y promulgada el 16/06/2005, establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.**

En el Código Civil estas cuestiones, obviamente, no se encontraban contempladas, considerando que se trata de avances tecnológicos modernos sobrevinientes a su dictado y a la reforma de la ley 17.711.

II. No obstante, la jurisprudencia ha resuelto diferentes conflictos en materia de responsabilidad de los buscadores de internet, aplicando las normas generales, especialmente lo dispuesto por el art 1071 bis del citado texto legal y demás concordantes, sin que haya una postura uniforme en cuanto al factor de atribución objetivo o subjetivo que deba considerarse.

Cabe citar como ejemplo lo resuelto en los autos “A.M.N y otros c/ Google Argentina S.A. s/ Medidas Cautelares” (CNFed. Civ. Y Com., Sala I, del 15/12/2014, publicado en Revista La Ley, 93/02/2015, pág. 5, cita online: AR/JUR/64341/2014), en el cual un grupo de individuos solicitó, como medida cautelar, que se ordenara a un buscador de Internet remover tres hipervehículos asociados a determinados criterios de búsqueda, por considerar que las referencias realizadas en ellos a la labor que cumplieron en un centro de rehabilitación contenían información altamente perjudicial para su imagen y persona.

El juez la desestimó y el Superior confirmó el pronunciamiento, por haber entendido que los elementos aportados resultaban insuficientes para juzgar la lesión a los derechos personalísimos de los actores, tratándose de información que no fue generada por la demandada, además de ponderar los alcances de la ley 26.032.

⁴¹ Fernando Tomeo; Pablo A. Palazzi notas a fallo CSJN, Revista La Ley, 5/11/2014.

En base a tales consideraciones, en el fallo se sustentó –entre otros fundamentos- que los casos como el que se plantea involucran dos intereses esenciales que necesariamente se deben ponderar: el derecho de la sociedad a estar informada y a expresar todo tipo de opiniones e ideas a través de un medio de gran difusión como Internet –con sus efectos positivos y negativos- y, en contraposición, los derechos personalísimos o la propiedad de las personas físicas o jurídicas que puedan resultar afectados por el uso que se haga del referido medio.

En esa dirección, el Tribunal entendió que no está controvertido que las expresiones que la apelante considera injuriosas provienen de terceros, con los que Google no tendría vinculación.

III. Sin duda, **el precedente recientemente dictado por la CSJN**, con sentencia y voto dividido, ha fijado las directivas legales aplicables en esta cuestión, en los autos **“Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios” (CS. R.522. XLIX) del 28/12/2014.**

A modo de reseña, en el fallo se han sentado los siguientes lineamientos:

- La libertad de expresión se aplica a Internet y a los buscadores.
- Se reconoce la inexistencia de obligación de monitorear contenidos, y de allí se deriva la falta de responsabilidad por esta omisión de monitorear.
- Se establece la responsabilidad subjetiva, que tendrá lugar solo a partir del *conocimiento efectivo* por parte del buscador del contenido ilícito.
- Una vez notificado y con conocimiento, se reconoce la obligación de dar de baja contenidos mediante un sistema de *notice&takedown* que la Corte describe en detalle en el considerando 18.
- La Corte diferencia el contenido cuya infracción es detectable a simple vista, del contenido que requiere mayor debate y prueba para determinar si hay infracción, y por ende si corresponde la baja.
- Se concluye asimismo que el buscador de imágenes no genera responsabilidad pues es un mero vínculo entre la imagen reducida y la imagen disponible en el sitio original (al igual que el buscador de texto).

De este modo, han quedado zanjadas las discusiones existentes en la materia, inclinándose por un factor de atribución de responsabilidad que permite de algún modo el funcionamiento de los buscadores y de

cualquier otro intermediario de internet dando un importante espacio para acomodar el avance de las nuevas tecnologías.

Descarta el régimen objetivo al sentenciar que *“la pretensión de aplicar responsabilidad objetiva en este tema, es de una llamativa insustancialidad”*. Ya no va a ser posible establecer la responsabilidad objetiva de un intermediario de Internet como lo venían haciendo algunos fallos, (caso Jujuy.com).

26. LA POSTURA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

El Código Civil y Comercial no ha incorporado en su articulado la responsabilidad en esa materia.

En efecto, el voto disidente de los Dres. Lorenzetti y Maqueda, en el considerando 19 dice: *“... Que la actora ha invocado que se trata de una actividad riesgosa como elemento autosuficiente para fundar la responsabilidad. En primer lugar, cabe señalar que el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se dan en el caso. En segundo lugar, no resulta posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados, como se verá más adelante. En tercer lugar, tampoco en el nuevo **Código Civil y Comercial (sancionado por la ley 26.994)** ni en ninguna otra fuente existen elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante. Por último, establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de los “motores de búsqueda”, que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en Internet...”*.

Estos precedentes serán los parámetros que los jueces deberán tener en cuenta, a la hora de resolver los conflictos derivados de la materia referenciada, en observancia a lo establecido por el art. 51 del nuevo texto legal analizado, que dispone **“La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”**, concordante con los artículos 279 y 1004.

27. NORMAS DE NATURALEZA PROCEDIMENTAL INCORPORADAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO. PRINCIPIO DE LA CARGA

DINÁMICA DE LAS PRUEBAS. SU EVENTUAL APLICACIÓN EN SUPUESTOS DE INSTRUMENTACIÓN INFORMÁTICA.

I. Las conclusiones arribadas en el párrafo anterior, ameritan concatenar otro tema que se vincula justamente con el impacto que provoca en los procesos judiciales, **la vigencia de normas que -en apariencia- poseen naturaleza procedimental y que han sido introducidas en el nuevo código unificado, referidas, entre otros supuestos, a la modalidad de la producción de los medios probatorios**, y que sin duda, resultará de aplicación a los supuestos relacionados con los instrumentos electrónicos bajo análisis.

El artículo 1734 establece que **“Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”**.

Dicha disposición se complementa con el artículo 1735 en tanto establece **“No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa”**.

También el artículo 1736 prescribe que **“La carga de la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien la alega, excepto que la ley la impute o la presuma. La carga de la prueba de la causa ajena, o de la imposibilidad de cumplimiento, recae sobre quien la invoca”**.

Por su parte, el artículo 1744 prevé que **“El daño debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute o presuma, o que surja notorio de los propios hechos”**.

II. Cabe hacer mención a que en los fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial, tras decirse que **“En el Proyecto de 1998 se incluyen normas relativas a la carga de la prueba en materia de responsabilidad, lo que ha sido recibido positivamente por la doctrina, ya que disminuye la litigiosidad y confiere seguridad en este tema”**, se afirma que **“Este tipo de normas no es procesal, sino que son directivas sustantivas dirigidas al juez a fin del dictado de la sentencia en ausencia de pruebas concretas sobre el tema a decidir. En tales casos, se establece cómo debe distribuir ese riesgo probatorio y a quién adjudicarlo. En tales condiciones, la**

prueba es una carga cuyo incumplimiento acarrea la pérdida de un beneficio, que en este caso significa que el hecho no está probado y el juez debe decidir en consonancia. En materia de factores de atribución de la responsabilidad y las eximentes, la carga de probar le incumbe a quien los alega, conforme a lo expresado reiteradamente por la jurisprudencia y la doctrina, siendo la solución del Proyecto de 1998 (artículo 1619). Esta regla 18 puede resultar rígida en algunos casos en los que existen dificultades en el acceso a los medios de prueba o en la presentación de la misma, y es por eso que se habilita una corrección para mitigar estos efectos. En particular, con relación a la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, el juez puede ponderar cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Existe entonces una regla general legal que adjudica la carga probatoria a quien invoca el factor de atribución o la eximente”.

Es decir, si bien se afirma que las normas que rigen la carga de la prueba no son de índole procesal, lo cierto es que se encuentran expresamente contempladas las **denominadas cargas probatorias dinámicas**.

III. Este principio, inicialmente esbozado por la doctrina y la jurisprudencia en ciertos casos especiales, que es receptado por el nuevo código civil y comercial, ha sido plasmado por el más **Alto Tribunal** en autos **“Pellicori Liliana c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ Amparo”, 15/11/2011 (C.S.J.N. P.489 XLIV)** al considerar *“... El principio general en materia de prueba determina que quién alega un hecho tiene a su cargo el onus probandi lo que determina que tiene la obligación de aportar los elementos probatorios que lo acrediten. La inversión de la carga probatoria, o sea el fenómeno a través del cual quién alega un hecho está eximido de aportar pruebas y es la contraparte la que debe aportar elementos para desnaturalizar las afirmaciones, solo se da frente a la existencia de presunciones. En rigor, no estamos frente a un caso de presunción ni de inversión de la carga probatoria, sino ante la denominada “carga de la prueba dinámica”, según la cual debe aportar las pruebas la parte que se encuentra en mejor posición y condición para aportarlas, frente a la orfandad o insuficiencia probatoria de la contraparte, que por ejemplo, se valió solo de indicios”*.

Tales directivas constituirán una importante herramienta para los jueces en el momento de merituar la prueba al dictar sentencia, con la salvedad, que en el supuesto de adoptar este principio, si corresponde según el caso concreto, **deberán asentarlos expresamente y con antelación a la sustanciación de la demanda**, regla que se condice con la observancia de los derechos de

defensa en juicio y debido proceso de raigambre constitucional y del principio de bilateralidad vigente en el ritual.

28. CONCLUSIONES

I. De acuerdo a las premisas establecidas por el Código Civil y Comercial en los arts. 1 a 3 del Título Preliminar, Capítulo 1, los jueces deberán resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, sustentando sus decisiones a los casos que este Código rija, en las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta a tal efecto la finalidad de la norma.

También serán vinculantes los usos, las prácticas y costumbres cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

II. Como se ha podido apreciar, el nuevo Código Civil y Comercial ha receptado diversas normas que integran el conjunto de disposiciones que abarcan el estudio del Derecho Informático, referidas en párrafos anteriores, que se complementan con principios generales específicamente aplicables a aquellas relaciones jurídicas, donde el medio electrónico empleado es una figura esencial y ha sido expresamente receptada en el nuevo texto legal, como acompañamiento adecuado a las nuevas realidades tecnológicas.

Se ha innovado en cuanto a la expresa consideración de normas relativas a la incorporación del documento electrónico, como medio de prueba, otorgándole virtualidad y sólido sustento legal, que propicia su admisibilidad en las actuaciones judiciales; la expresa admisión de los instrumentos particulares con firma digital o digitalizada y las consecuencias jurídicas en materia de comercio electrónico, extensivas al ámbito bancario.

Ha preponderado la intervención discrecional de los jueces en aspectos generales y especialmente, en materia de contratación electrónica, otorgándole expresas facultades de control de cláusulas abusivas y en aras a la protección del derecho de los consumidores.

III. No caben dudas que los avances tecnológicos antes referenciados han provocado una modificación estructural y el consecuente

cambio de paradigma, que se verá proyectado en los procesos judiciales, en consonancia con los nuevos institutos que incorpora el Código Civil y Comercial, lo que exige la reformulación de los temperamentos rígidos que hasta la actualidad han tenido marcada adopción en los procedimientos judiciales.

Finalmente, es preciso efectuar un cambio radical en la concepción del derecho procesal y de fondo que admita el aprovechamiento de estas innovadoras herramientas reguladas el citado texto legal, armonizada con la nueva visión centrada en la protección de la persona, de su dignidad y sus derechos, y así lograr su tutela efectiva y una administración del servicio de justicia orientada a tal finalidad.