



UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Sede Regional Rosario

Carrera de Abogacía

“Medios de Pruebas Electrónicos y Audiovisuales en el Derecho

Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe”

2015

Tutor: Dr. Marcelo Trucco

Alumno: María José Marinelich

Título a obtener: Abogada

Fecha de Presentación: Diciembre 2015

Dedicatorias y Agradecimientos.

A mis Padres, los pilares de mi vida, que cada día me enseñan con su ejemplo.

A mi familia por su apoyo y contención incondicional a lo largo de toda mi carrera.

A mis amigos, quienes fueron un vital sostén en cada etapa atravesada.

A la Universidad Abierta Interamericana, por brindarme la formación necesaria para afrontar los desafíos existentes en el ámbito profesional.

1-Resumen.

La Argentina es un país con una estructura federal, es necesario hacer esta distinción pues en materia de evidencia, nuestro país presenta 25 códigos procesales civiles (uno por cada provincia y uno de carácter federal). Así mismo el Código Civil¹, siendo ley de fondo, establece pautas referidas a normas procesales, que se analizará en el capítulo pertinente, en concordancia con los distintos códigos provinciales.

Como Objetivo general de esta investigación exploraremos la situación actual de inexistencia de reglamentación de medios de prueba electrónicos en la Provincia de Santa Fe.

Los distintos objetivos particulares, serán estudiados a través del desarrollo investigativo. Se procurara lograr analizar la distinción de prueba como fuente y medio de prueba; examinar la clasificación de los medios de prueba, entre ellos los medios Audiovisuales y los Informáticos, eje vital del conflicto aquí planteado; analizar los principios sobre prueba previstos en la legislación vigente como así también investigar la admisibilidad y valoración de los medios de pruebas electrónicos en el proceso.

Igualmente, en los acápites siguientes nos detendremos en la cuestión del Desarrollo del Comercio electrónico y la influencia de la Ley de Defensa del Consumidor² en este, en tanto se realiza en la actualidad un reconocimiento manifiesto de estas transacciones por parte de la sociedad y también en el nuevo Código civil y Comercial de forma expresa.

Posteriormente se realizara un análisis de la Ley de Firma Digital y las ventajas y desventajas de la regulación de los medios electrónicos de prueba.

Finalmente, se plasmara una propuesta, la cual contendrá los lineamientos esenciales para introducir expresamente al Código Procesal de la Provincia de Santa Fe los medios de prueba electrónicos.

¹ Ley N° 340. Código Civil de la Nación Argentina. Sancionada 25/09/1869.

² Ley N° 24.240. Defensa del Consumidor. Sancionada 22/09/1993.

2-Estado de la Cuestión.

Este tema fue investigado con anterioridad a este trabajo, y se logró legislar sobre uno de los medios de pruebas electrónicos a nivel Nacional con la ley 25.506³, complementaria del Código Civil, que reconoce la eficacia jurídica tanto del documento electrónico como de la firma electrónica y la firma digital.

Sin embargo cuando se trata de medios probatorios, es necesario repasar los Códigos Procesales, Civiles, Comerciales y Penales, a fin de determinar cuáles son los requisitos que los mismos establecen para la producción, conservación y presentación de evidencia digital en un procedimiento judicial.

El dinámico desarrollo de las redes, medios informáticos, y los cambios en las técnicas y las nuevas tecnologías, las podemos ver reflejadas en las diferentes áreas de nuestra vida, como es en el trabajo, en las negociaciones de documentos a través de las computadoras, en las transferencias bancarias, en las variadas prestaciones de servicios on line, las compraventas por Internet y demás. Todas estas nuevas formas de relacionarnos producen un cambio de paradigma, y como tal también tienen como derivación sus problemáticas, a las cuales debemos encontrar la solución hasta lograr una correcta adaptación. Estos problemas los encontramos por ejemplo, cuando se incumple un contrato como una compraventa y no resultó el producto como lo habíamos pactado, o se afectan también otras áreas como la moral social. Pero la dificultad la encontramos al momento de presentarnos ante un tribunal de justicia, por alguna irregularidad o falta, en las relaciones establecidas a través de los diferentes medios tecnológicos, por su forma de probación, y como tal, su validez y valoración soportada en medios informáticos.

Por ésta razón, para dar solución a esta cuestión, es necesario modificar la estructura clásica en lo referente a prueba en nuestro ordenamiento jurídico. Para esto se realizaron diferentes proyectos de legislación, pero no todos fueron sancionados, como fue el de “Otorgamiento de valor jurídico y probatorio del Documento Electrónico” en 1987, “Proyecto a instancias del Poder Ejecutivo por una Comisión creada mediante Decreto 468/92”, también fue sancionado el artículo 30 de la 24.624 Complementaria Permanente de Presupuesto, otorgaba pleno valor al documento digital archivado y transformándolo en original desde el punto de vista jurídico. Otro intento fue el de Proyecto de Unificación del Código

³ Ley N° 25.506 “Firma Digital”. Sancionada 14/11/2001. Promulgada 11/12/2001.

Civil y Comercial, mediante Decreto 685/95. Referido a la forma y prueba de los actos jurídicos que contiene disposiciones relativas al soporte y firma electrónicos.

Otras disposiciones que si están en vigencia son el artículo 61⁴ y 212⁵ de la ley 19.550 relacionados con la posibilidad de llevar los libros, menos el de inventario y balance, y dispone a su vez el artículo 212 que la autoridad de contralor podrá autorizar el reemplazo de la firma del director por impresión que garantice la autenticidad.

En este estado de avance del derecho, puede suponerse que, aunque los Códigos Procesales específicamente no contemplan el uso de medios electrónicos, está bastante generalizada la opinión de considerar equiparables los documentos electrónicos con la prueba documental que dichos Códigos admiten. Sin embargo, la duda surge en relación con la presentación de los medios probatorios en formato digital.

Al no existir normas específicas, sumado al hecho de que los procedimientos tramitan en soporte papel, en expedientes tradicionales, el método que se aplique para la presentación de la prueba electrónica será crucial a la hora de analizar su valor probatorio. Aunque la evidencia digital sea admitida como tal, el Juez tiene toda la libertad de analizar y decidir sobre su validez como medio de prueba, dejando librado este importantísimo aspecto al leal saber y entender del mismo.

⁴ Art. 61. Ley de Sociedades Comerciales. “Podrá prescindirse del cumplimiento de las formalidades impuestas por el artículo 53 del Código de Comercio para llevar los libros en la medida que la autoridad de control o el Registro Público de Comercio autoricen la sustitución de los mismos por ordenadores, medios mecánicos o magnéticos u otros, salvo el de Inventarios y Balances. La petición deberá incluir una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico o antecedentes de su utilización, lo que, una vez autorizada, deberá transcribirse en el libro de Inventarios y Balances. Los pedidos de autorización se considerarán automáticamente aprobados dentro de los treinta (30) días de efectuados, si no mediare observación previa o rechazo fundado. El libro Diario podrá ser llevado con asientos globales que no comprendan períodos mayores de un (1) mes. El sistema de contabilización debe permitir la individualización de las operaciones, las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación, con arreglo al artículo 43 del Código de Comercio.”

⁵ Art. 212. Ley de Sociedades Comerciales. “Los títulos y las acciones que representan se ordenarán en numeración correlativa. Serán suscriptas con firma autógrafa por no menos de un director y un síndico. La autoridad de contralor podrá autorizar en cada caso, su reemplazo por impresión que garantice la autenticidad de los títulos y la sociedad inscribirá en su legajo un facsímil de éstos. Los cupones pueden ser al portador aun en las acciones nominativas. Esta disposición es aplicable a los certificados.”

Por otra parte, La convención Internacional sobre Compraventa de Mercadería de Viena de 1980, autoriza cualquier medio de prueba, para probar una compraventa internacional en su artículo 11⁶, pese a la reserva que hace nuestro país.

El derecho reconoce el valor legal del documento electrónico tanto en las normas sustantivas como en las procesales. En las normas sustantivas, la Ley 25.506 de firma digital, mencionada con anterioridad, admite jurídicamente tanto al documento electrónico como la firma electrónica y la firma digital, e iguala la firma digital a la firma ológrafa, dándole así valor probatorio.

Si bien como ya comentamos, existe la regulación de ciertos medios de pruebas, en el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe⁷ sumado al principio de libertad probatoria, para los medios no previstos, en dicho Código se establece que sean diligenciados por disposiciones de medios análogos, o en su defecto en la forma que lo determine el juez (Art. 145⁸ y 147⁹ del CPCC de Santa Fe), por lo cual se observa una disparidad de criterios para interpretar un elemento de prueba electrónico presentado en juicio.

Creemos que a través de normas complementarias, y mediante la reformulación e interpretación de las vigentes, se podrá reconocer validez probatoria al documento electrónico o digital, y admitir que los principios de la teoría clásica del negocio jurídico son aplicables a la contratación electrónica. Esto no significa olvidar que se vuelve necesaria una especial regulación en aspectos influidos por la innovación tecnológica, como la prueba de la autoría, la autenticidad e integridad de un documento electrónico que contenga una

⁶ Art. 11. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. “El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos.”

⁷ Ley N° 5.531. Código Procesal Civil y Comercial. B.O. 29/01/1962.

⁸ Art. 145. Código Procesal Civil y Comercial. “Si hubiere hechos controvertidos o de demostración necesaria, se abrirá la causa a prueba. Contra el auto que la deniegue, procederán los recursos de reposición y apelación en subsidio. El término de prueba será común. La prueba deberá recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso. El juez no podrá pronunciarse antes de la sentencia sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada. Pero será desechada la que sea notoriamente improcedente o prohibida por la ley.”

⁹ Art. 147. Código Procesal Civil y Comercial. “Cuando se ofreciere un medio de prueba idóneo y pertinente no previsto de modo expreso por la ley, el juez establecerá la manera de diligenciarlo usando el procedimiento determinado para otras pruebas que fuere analógicamente aplicable.”

declaración de voluntad contractual, cuestiones relacionadas a la formación del consentimiento y al momento que el mismo se perfecciona, etc.

El análisis necesariamente debe contemplar no sólo la admisibilidad de la evidencia digital en juicio, sino también los mecanismos para su obtención, conservación del documento digital en el cual consta y el procedimiento utilizado para su presentación en el expediente. Esto es de vital importancia, pues actualmente se mantiene el tradicional sistema de gestión de expedientes en soporte papel, con lo cual la forma de presentación de un elemento probatorio en medio electrónico es a través de copias en papel.

La de Firma Digital ha innovado otorgando validez a la representación digital de los actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su instrumentación. Esto demuestra un verdadero interés de la política legislativa de avanzar en la regulación de la llamada economía digital, ubicando a Argentina junto a los países que se encuentran en este camino.

3-Método.

Para realizar éste trabajo de investigación, utilizaré el método cualitativo, con el cual analizaré la legislación en la Provincia de Santa Fe y la doctrina referente a la cuestión.

Otro método utilizado en la presente investigación, es el descriptivo, puesto que procura brindar una buena percepción del funcionamiento de un fenómeno y de las maneras en que se comportan los factores o elementos que lo componen. Los estudios descriptivos llegan finalmente a conclusiones generales construidas por medio de abstracciones, que dan cuenta de los hechos observados.

El estudio que se hará sobre el documento electrónico como medio de prueba se tomará como analítico, y descriptivo, toda vez que se parte de algunas normas jurídicas que rigen la figura y en especial su implementación y aprobación por parte del ámbito jurídico interno.

A su vez analizaré si hay alguna norma que contemple ésta problemática de los medios de pruebas electrónicos.

Para la confección de este trabajo me basaré en distintas leyes, artículos de diarios, Internet, revistas de investigación, libros, doctrina y jurisprudencia.

4-Marco Teórico.

El análisis partirá de los conceptos básicos, el marco legal general contemplado en la ley Número 25.506 de Firma Digital, y una recorrida por los códigos procesales locales que han incorporado el uso de las tecnologías, tanto para la administración de justicia, como en cuanto a la admisibilidad de evidencia digital en juicio.

Como inicio debemos delimitar que es la prueba, la que según Lino Palacio¹⁰: "es la actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley, y encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones."

Los medios de prueba, serán entendidos como los instrumentos, objetos o cosas y las conductas humanas con las cuales se trata de lograr dicho cercioramiento. Palacio, también agrega que "constituyen medios de prueba los modos u operaciones que, referidos a cosas o personas, son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia o inexistencia de uno o más hechos"

Otros de los conceptos fundamentales de la investigación presente son los de Medios electrónicos que siguiendo a Ormazabal Sánchez¹¹ definimos que "la prueba documental y los medios idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos" son los que aparecen instrumentados sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel. Es el conservado en forma digital en la memoria central del ordenador, o en las memorias de masa, y que no puede ser leído o conocido por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales.

El documento electrónico se debe concebir como un medio de expresión de la voluntad con efectos de creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones por medio de la electrónica, informática y en la medida en que los

¹⁰ "Tratado de Derecho Procesal Civil". Palacio, Lino Enrique. Tomo IV: 331. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.

¹¹ "La prueba documental y los medios idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos". Ormazabal Sánchez, Guillermo. Pp. 183-184. Editorial la ley. Madrid. 2000.

soportes del documento electrónico tengan un desarrollo tecnológico que permita la inmutabilidad del contenido y la determinación del autor, éste podrá cumplir las mismas funciones que el documento escrito.

A su vez, en los Medios Audiovisuales la fuente de prueba consiste en las correspondientes imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes, los Medios informáticos contienen datos o información, en sentido genérico, es una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

Otro de los medios electrónicos es la Firma Digital y se entiende por ésta, según la ley 25506¹², al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante encontrándose esta bajo su absoluto control. Ella debe ser susceptible de verificación por terceras partes de forma tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma.

El medio informático como medio de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos, pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba.

Se concebirá por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital, conforme a lo previsto en el Art. 5¹³ de la ley 25506.

¹² Art. 12. Ley de Firma Digital. “Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.”

¹³ Art. 5. Ley de Firma Digital. “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez.”

5-Introducción.

El progreso humano nos pone nuevos desafíos desde todo punto de vista. Se produce, particularmente en nuestro objeto de estudio, un reto para la resolución de los conflictos judiciales que presentan las tecnologías de la información y la comunicación.

Las distancias se han reducido considerablemente, la información que se transfiere adquiere un valor económico, político, militar y hasta comercial. La utilización masiva de los sistemas informáticos ha llevado a la aceleración del tráfico de bienes y servicios. En distintos foros se viene señalando con insistencia que la cultura escrita, sobre la cual se apoyó nuestra civilización, va cediendo paso a una “nueva cultura de imagen y el sonido”, en la actualidad se puede efectuar una transferencia electrónica de fondos, o enviar un documento entre personas distantes por miles de kilómetros en apenas unos segundos.

El ambiente de las redes digitales que transmiten información de diversa naturaleza a alta velocidad y que permiten la interconexión masiva ha afectado, a todas las actividades, generando con ellos una nueva forma de relación. El incesante progreso tecnológico no siempre permite descubrir a aquella persona que tiene la idea generadora, quien está detrás, antes del producto terminado o del documento recibido.

En la actualidad, con el desarrollo de las nuevas tecnologías de información y comunicación, la sociedad avanza rápidamente generándole de esa forma nuevos mecanismos de aprendizaje, trabajo, conductas, etc., todo lo cual deriva en inmediatez ya sea en tiempo y distancia, como puede ser por ejemplo la suscripción conjunta de contratos cuyos firmantes no se encuentren en el mismo lugar.

Es sabido que estas novedosas formas de comunicarse cuentan con innumerables usuarios en el mundo hoy globalizado, lo que de manera exclusiva incide sobre los diferentes quehaceres de los sujetos sin escapar estas nuevas modalidades al derecho.

Este uso masivo de tecnologías ha incorporado nuevos elementos en la vida cotidiana: correo electrónico, comunicaciones telefónicas, cajeros automáticos, pagos por Internet, mensajes de texto, filmaciones de cámaras de seguridad, entre otros.

Los elementos pueden ser considerados como medios de prueba de situaciones con implicancias jurídicas: un contrato celebrado por correo electrónico, una filmación sobre un pedido de soborno, un mensaje de texto entre la víctima y un sospechoso de asesinato, en fin, nuevos elementos a ser incorporados a los procedimientos judiciales.

Los ordenamientos jurídicos requieren ser adaptados a la nueva realidad social; así se creó una nueva disciplina "la informática jurídica" que analiza como pueden utilizarse las computadoras en la actividad jurídica. Los usuarios van a tener que exigir legislaciones adecuadas para obtener las ventajas que les proveen la integración de las nuevas tecnologías, la informática, las comunicaciones, las redes de ordenadores (definidas como conjunto de equipos interconectados con la posibilidad de transmitir indistintamente entre ellos información), la digitalización y los desarrollos de software.

Hoy para reducir la complejidad de un conflicto que pueda generarse y resolverse en cualquier sede, no basta con el dominio de una ciencia en particular: es necesario el conocimiento y aun la pericia en los aspectos centrales de estas nuevas tecnologías.

En el estado actual que involucra la ciencia, tecnología, el derecho a la intimidad, el verdadero sentido del proceso, sea cual fuere, plantea muchos interrogantes al legislador. Si bien algunos Estados desarrollados en el siglo XX comenzaron a captar algunas aristas fundamentales del tema abordado, el legislador del siglo XXI no puede desconocer ésta fundada innovación que en consecuencia afecta las viejas concepciones que a su vez conmueven el soporte en el que se escriben y más aun, en el que se oyen o se ven esas voces y consiguientemente su repercusión en la forma de probar en el proceso.

Sin duda los nuevos perfiles tecnológicos inundan al operador jurídico de combates probatorios en el umbral del tercer milenio de múltiples dudas en cuanto

a su incorporación eficaz en el proceso de numerosos vehículos que representan la voluntad y el pensamiento; así a los problemas de una simple fotografía, ya conocida en el siglo XIX, no obstante ignorada en muchas legislaciones procesales actuales, o del telegrama, télex, documento electrónico: Correo electrónico (e-mail, contratos vía Internet), microfilms, videos, fax, disquetes, discos rígidos, CD Rom, DVD, las grabaciones de las que ese particular objeto que puede captar la voz humana mediante la grabación o la filmación demanda algunas precauciones a la hora de utilizarlas en el proceso, por cuanto muchas veces exige una tarea científica con métodos y tecnologías de avanzada de escaso desarrollo en nuestro país cuando se trata de identificar una persona por medio de la voz.

Esta modernidad de los medios de transmisión del pensamiento necesita de un proceso de adaptación no solo en el ámbito operativo sino también en el del conocimiento y valoración de sus efectos, produciéndose un desfase en ese espacio.

.Con la utilización de estas nuevas tecnologías en las relaciones comerciales, se abandona el soporte de los mensajes sobre papel y se lo reemplaza por soportes magnéticos o electrónicos. Sin dudas el comercio electrónico es un reflejo del proceso de globalización mundial de la economía donde el espacio y el tiempo se desnaturalizan. Es en la evolución del comercio electrónico donde el derecho, como regulador de conductas humanas, se encuentra llamado a conformar el necesario estado de seguridad jurídica, por ejemplo, ante la posibilidad de un conflicto de intereses generado por el incumplimiento de obligaciones emergentes de un contrato celebrado electrónicamente. Sin dudas, un marco legal claro, seguro y predecible, resulta necesario para robustecer el progreso de cualquier economía en general, y del comercio electrónico, que permita lograr emprendimientos confiables.

Se debe destacar, que el documento electrónico no puede ser considerado como algo aislado, sino que debe integrarse en una teoría general del documento, que supere el estadio, lo estipulado en nuestro Código Civil Argentino limitado a instrumentos públicos y privados, derivada de la legislación francesa de principios de siglo XIX, y se logre conformar un capítulo propio con los nuevos soportes electrónicos.

Existe un vacío legal respecto a normas procesales modernas que contemplen el uso de medios probatorios digitales, por ende, ¿Son medios de prueba? ¿Cómo podemos aportarlos al proceso? ¿Cuál será su valoración en un juicio?

Frente a éste problema de investigación propongo la siguiente Hipótesis que se defenderá y demostrará a lo largo de toda la investigación

“Los medios de pruebas electrónicos y audiovisuales, son necesarios e indispensables al momento de realizar diligencias probatorias en cuanto a las nuevas modalidades contractuales existentes, como así también en el ámbito general del derecho”.

La tendencia a regular Internet se corresponde con la necesidad de los gobiernos de controlar la información. Todo ello ha traído una serie de preocupaciones hasta cierto punto novedosas, por ejemplo la necesidad de regulación legal para la utilización de claves de cifrado, la perdurabilidad, la seguridad, la fidelidad, etc.

Tanto es así que ante el enfrentamiento de una prueba, en este caso los medios electrónicos, deberemos establecer qué valor tienen al momento de dictar sentencia. Allí surge la cuestión a aclararse y entablarse como eje central de la presente investigación.

El intercambio de información y de documentos en formato digital o electrónico se encuentra en nuestros días en el seno de la sociedad, siendo entendida esta etapa como la “Era Digital”, lo que genera la exigencia de que se dicten las normas jurídicas necesarias para que sean integradas al pleito, comprendiendo que se cuenta en la actualidad con la tecnología necesaria para otorgar valor probatorio dentro del proceso a este tipo de documentos.

La sola introducción en la legislación probatoria bastará para incluir y reconocer legalmente a los medios electrónicos como medio de prueba. En razón de esto, creemos que tales modificaciones deben ser flexibles, para poder adaptarse de este modo al devenir del avance digital y poder así ser reconocidas como mecanismos seguros de prueba o contratación.

De este modo se torna sumamente necesario que los profesionales del derecho tanto como los funcionarios judiciales posean una preparación tecnológica que les facilite el conocimiento de las limitaciones y de las

capacidades de estos medios probatorios, para utilizarlos fácil y eficazmente, reconociendo a su vez el idioma que se ajusta a este soporte en términos tales como: firma digital o electrónica, documento electrónico, certificado digital, mensaje de datos, pudiendo en definitiva realizar una valoración positiva de los mismos.

De esta manera estamos en condiciones de afirmar, que el documento electrónico es una realidad y debe ser considerado con toda la seriedad que el caso merece. Esta nueva tecnología debe tenerse en cuenta, tanto como un medio para los procesos de automatización, así como para tener un mejor control de los documentos para facilitar el acceso y su conservación. Esta investigación propone presentar el estado de avance de la legislación procesal argentina en cuanto a la admisión de estas nuevas herramientas que brindan las tecnologías de la información y la comunicación y los beneficios que dicho progreso acarrearían para toda la sociedad.

Nadie ignora la importancia del tratamiento automatizado de la información y que la informática se ha instalado en la vida social para quedarse, con elevada trascendencia sobre la economía, el trabajo, la política, etc. El sector informático aparece con gran dinamismo y tiene un crecimiento sostenido, determinado principalmente por una fuerte inversión en investigación.

Se advierte que estos medios son una fuente de poder, especialmente por el hecho de estar destinados al manejo de uno de los elementos de mayor trascendencia en la sociedad posmoderna: la información que sirve de base al conocimiento.

CAPÍTULO I

LEGISLACIÓN ARGENTINA

SUMARIO: 1. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; 2. Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe; 3. Código Civil de la Nación.

1-Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁴.

En la Argentina los procesos civiles y comerciales se rigen por los códigos de procedimientos locales. No existen normas específicas que regulen la administración de justicia en formato electrónico. Se aplican en forma supletoria las normas generales sobre prueba contenida en los Códigos Procesales.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contempla los medios de prueba confesional, de informes, testimonial, documental, pericial, y el reconocimiento judicial si fuere necesario.

En su artículo 378¹⁵ consagra el sistema de libertad probatoria en forma amplia, al admitir que la prueba se produzca por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso.

El citado artículo establece que los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.

Respecto de la apreciación de la prueba, el artículo 386¹⁶ dispone que, salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa.

¹⁴ Ley N° 17.454. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. T.O. 1981

¹⁵ Art. 378. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez.”

¹⁶ Art. 386. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. “Salvo disposición legal en contrario, los jueces formarán su convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de causa”.

Por su lado, la fuente procesal, establece cuál es el trámite al que deben sujetarse las partes y el juez cuando se presentan en juicio pruebas documentales, a fin de establecer su grado de autenticidad en los artículos. 387¹⁷ y concordantes CPCCN.

El principio de libertad de prueba permite que el Juez pondere otros medios de prueba no contemplados específicamente en la normativa procesal. En efecto, el Juez dispone de la facultad de admitir, ordenar, valorar e interpretar distintos elementos de prueba, que le permitan formar su convicción respecto de los hechos alegados por las partes. Este enfoque es muy interesante, pues responde al principio de neutralidad tecnológica de las leyes, al dejar abierta la posibilidad de admitir todo tipo de medios probatorios en la medida que no afecten el orden público, la moral, la libertad de las partes o terceros o no estén expresamente prohibidos.

El principio de libertad probatoria es relevante al considerar el tema de evidencia digital. Como los medios de prueba electrónicos no están expresamente contemplados en los Códigos Procesales, salvo en casos excepcionales, la validez de la prueba digital se fundamenta en el sistema de libertad probatoria y en la amplia potestad del juez para su interpretación.

2-Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe.

Similar solución presentan la mayoría de los Códigos Procesales Civiles de las provincias.

El Código Procesal de la Provincia de Santa Fe establece respecto a la incorporación de los medios no legislados actualmente, lo mencionado por la ley procesal en el artículo 147 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, que dispone “cuando se ofreciera un medio idóneo y pertinente no previsto de modo expreso, el juez establecerá la manera de diligenciarlos”, pero no deja solo

¹⁷ Art. 387. Código Procesal Civil y Comercial. “Las partes y los terceros en cuyo poder se encuentren documentos esenciales para la solución del litigio, estarán obligados a exhibirlos o a designar el protocolo o archivo en que se hallan los originales. El juez ordenará la exhibición de los documentos, sin sustanciación alguna, dentro del plazo que señale.”

al juez en la tarea, sino que da la solución, usando el procedimiento determinado para otras pruebas que fuera analógicamente aplicable.

3-Código Civil de la Nación.

Respecto a nuestra legislación de fondo el Código Civil en lo relativo a la prueba de los contratos está legislado en los artículos 1190¹⁸ y siguientes. El artículo 1191¹⁹, sienta un principio que es el siguiente: "Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no podrán ser probados, sino por la forma exigida". Por otra parte, el artículo 1190 dispone que: "Los contratos se prueban por el modo que dispongan los códigos de procedimientos de las provincias federadas. ...por instrumentos particulares firmados y no firmados. ..."esto es, por instrumentos particulares no firmados, por confesión de partes -judicial o extrajudicial-, por juramento judicial, por presunciones legales o judiciales y por testigos". Esta norma tiene fundamental relevancia pues en la mayoría de los contratos de consumo se ha hecho habitual el documento no firmado, como ejemplo podemos mencionar los vínculos que celebran los consumidores con los supermercados, estaciones de servicios, que se hacen sin firma alguna y con la sola entrega de un ticket o cupones. En lo que se refiere a la contratación electrónica, el medio de prueba más relevante dentro de los enunciados por el artículo 1190 del Código Civil, serían los instrumentos particulares firmados y no firmados. En los instrumentos particulares no firmados, se puede: identificar a su autor, como en los casos de quien recibe un mensaje por fax, mail o por otro medio electrónico; otro supuesto sería el de las claves magnéticas del cajero automático, donde a través de una clave numérica personal del titular o password, puede identificarse al titular de la tarjeta y demostrar su voluntad. En este

¹⁸ Art. 1190. Código Civil. "Los contratos se prueban por el modo que dispongan los códigos de procedimientos de las Provincias Federadas: Por instrumentos públicos. Por instrumentos particulares firmados o no firmados. Por confesión de partes, judicial o extrajudicial. Por juramento judicial. Por presunciones legales o judiciales. Por testigos".

¹⁹ Art. 1191. Código Civil. "Los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescrita, a no ser que hubiese habido imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley, o que hubiese habido un principio de prueba por escrito en los contratos que pueden hacerse por instrumentos privados, o que la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare, o cuando una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. En estos casos son admisibles los medios de prueba designados".

supuesto consideramos que estamos en presencia de una manifestación expresa de la voluntad, con referencia a determinado objeto.

A su vez, el Art. 1192²⁰ Código Civil Dice: "Se considerará principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera, y que haga verosímil el hecho litigioso"

Del juego armónico de los preceptos comentados, se desprende que el documento electrónico por no estar firmado no alcanza la categoría de documento privado, pero sí la de principio de prueba por escrito, y como tal, puede presentarse en juicio a los efectos de probar un contrato, siempre que emane del adversario y haga verosímil el hecho litigioso; todo ello claro está, cuando el cúmulo de las restantes pruebas, examinadas todas a la luz de la sana crítica procesal, determine que el juez le acuerde autenticidad. El valor jurídico de los documentos tiene apoyatura legal en ambos órdenes legales, el sustancial (civil y comercial) y el procesal; ambos determinan que los documentos constituyen plena prueba ("hacen plena fe"), cuando son auténticos.

Respecto de la prueba informática en nuestro derecho compartimos la opinión de quienes consideran que los medios de prueba previstos en los Códigos Civil, de Comercio y de Procedimiento no son excluyentes y permiten que los registros informáticos puedan ofrecerse como medios de prueba, completándolos, en su caso, para que surtan efectos, con el reconocimiento judicial, con un dictamen pericial o con algún otro medio de prueba adecuado.

En síntesis, podemos afirmar que es posible acreditar la verdad de un hecho mediante procedimientos verificables auténticos, sin necesidad de recurrir al documento en soporte papel. A tal fin entendemos que la reformulación de algunas normas sería beneficiosa, entre ellas: el Art. 1193²¹, en cuanto establece

²⁰ "Art. 1192. Código Civil. "Se juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba escrita del contrato, en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito. Se considerará principio de prueba por escrito. Cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso".

²¹ Art. 1193. Código Civil. "Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil pesos, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos".

que los contratos que superen cierto monto "deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos...", lo que constituye una seria dificultad atento a que nos encontramos con gran cantidad de relaciones jurídico-patrimoniales que prescinden de la escritura, el Art. 978²²; y el Art. 1012²³ que prescribe que: "La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada..." La digitalización de las comunicaciones ha comenzado a invadir el mundo jurídico de modo que la escritura ha comenzado a perder terreno. El concepto de firma tal como lo conocemos en el sistema actual está en crisis. La firma ológrafa ha perdido la exclusividad como instrumento idóneo para atribuir la autoría de un documento escrito y transmitir la consecuente fiabilidad. Ello se debe a que el denominado "soporte papel" está siendo sustituido por el soporte digital; la información no sólo está contenida en textos escritos sino también en imágenes, audios y videos.

En cuanto a los restantes, y ante la falta de previsión legal expresa en nuestra actual legislación, el documento electrónico constituye un principio de prueba por escrito que dependerá en definitiva de la certeza que pueda obtenerse de las partes intervinientes en el acto y de la integridad y autenticidad de su contenido.

²² Art. 978. Código Civil. "La expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares, salvo los casos en que la forma de instrumento público fuere exclusivamente dispuesta."

²³ Art. 1012. Código Civil. "La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos".

CAPITULO II

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL. MEDIOS DE PRUEBA TRADICIONALES Y ELECTRÓNICOS.

SUMARIO: 1. El derecho de probar y la libertad de medios probatorios; 2. Los derechos involucrados en la prueba informática; 3. Medios de prueba; 3.1. Medios de prueba legislados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, en los Artículos 157 a 228; 3.2. Otros medios de prueba; 3.3. Los medios informáticos como objeto de prueba.

1-El derecho de probar y la libertad de medios probatorios.

Sin caer en los extremos de calificar a cualquier concepto como principio, vamos a indicar que existe un orden superior que es el principio del debido proceso en la prueba. Es un verdadero principio, pues, está conectado íntimamente con derechos de rango fundamental. En la Constitución nacional²⁴ se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba. En el artículo 18²⁵ constitucional se establece el derecho al acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa el ser oído, lo cual conlleva la probanza; disponer de los medios adecuados para su defensa y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso. ¿Qué es el debido proceso en la prueba?. Allí están involucradas todas las garantías individuales del proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal. La pregunta supone que existe el derecho de probar, si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo; la facultad o derecho de probar, es inseparable del derecho de defensa.

En protección del derecho constitucional de defensa, las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba que puedan demostrar sus hechos. Interesa, también, para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, que haya libertad probatoria. La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y que dichas limitaciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a

²⁴ Constitución de la Nación Argentina. Sancionada por el congreso general constituyente el 1° de mayo de 1853, reformada y concordada por la convención nacional ad hoc el 25 de septiembre de 1860 y con las reformas de las convenciones de 1866, 1898, 1957 y 1994.

²⁵ Art. 18. Constitución Nacional. “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

los previstos en la ley. Sólo se restringe esta libertad en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye su ingreso al proceso.

2-Los derechos involucrados en la prueba informática.

Es claro que para el tratamiento procesal de la prueba informática tiene que partirse de las situaciones materiales de expresión de los medios informáticos, pues no puede hacerse un tratamiento lineal, ya que dependiendo de esas situaciones estarán involucrados unos tipos de derechos determinados. Así por ejemplo, si el uso es privado e instrumento de trabajo personal (abogado) están presentes el derecho de intimidad, el derecho de confidencialidad profesional. Si el medio informático es un instrumento para publicidad y oferta pública, nacen obligaciones para el oferente correlativas con derechos del público, e incluso pudiese ocurrir que fuese instrumento para la comisión de un ilícito como es publicidad u oferta engañosa.

Así las cosas, debemos partir de que existe un derecho fundamental a probar, contenido en el debido proceso que manda que toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas. Lo cual en correspondencia con las normas procesales referentes a la libertad de medios, no ofrece discusión que los medios informáticos pueden ser ofertados como instrumentos de prueba. Ahora bien, esa oferta va a depender de la situación jurídica en la que se encuentren las partes o los terceros que pudiesen tener relación con los hechos controvertidos. Así tenemos, que si el medio informático es de estricto uso personal o profesional, su contenido está protegido por el derecho constitucional a la intimidad y a la privacidad, contenidos en el artículo 19²⁶ CN. De manera, que la búsqueda como fuente de prueba, realización de prueba anticipada o preconstituida, o forma de promoción tendrá que ver con estas situaciones.

²⁶ Art. 19. Constitución Nacional. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Nos preguntamos algunas cuestiones, en específico, para ello veamos el ejemplo de que un tercero tenga un documento en su computadora, emanado de algunas las partes en juicio, y que tal documento tenga relación con el juicio, pero que el mismo le haya sido referido a manera de correo epistolar, ¿sería aplicable la exhibición? ¿Debe aplicarse lo que dispone el artículo 1036²⁷ del CC? Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento.

3-Medios de prueba.

Los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso la reconstrucción de los hechos acontecidos en “la pequeña historia”, que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Visto así son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Es un concepto esencialmente jurídico.

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Así, se conoce tradicionalmente como medios: la documental, la testimonial, etc.

3.1. Medios de prueba legislados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, en los Artículos 157 a 228.

Confesión: También conocida como absolucón de posiciones. Se trata de la confesión judicial provocada. Una parte solicita se fije audiencia a los fines de que la contraria responda bajo juramento sobre la veracidad de ciertas posiciones

²⁷ Art. 1036. Código Civil. “Las cartas misivas dirigidas a terceros, aunque en ellas se mencione alguna obligación, no serán admitidas para su reconocimiento”.

concernientes a la cuestión que se debate. La parte citada tiene la carga de comparecer, de prestar juramento, y de responder por si o por no.

Documental: Es un objeto o cosa material, que relata experiencias pasadas, pensamientos, manifestaciones de voluntad, actos comunicativos que sirven para confirmar o desmentir, hechos o actos de relevancia jurídica.

Declaración de testigos: Es la declaración que una persona ajena a la relación procesal efectúa en el proceso sobre hechos que han caído bajo el imperio de sus sentidos. El testigo tiene deber de comparecer y deber de decir la verdad. Las preguntas se le formularán en forma clara, concreta y deberán contener un solo hecho.

Prueba pericial: Cuando para conocer o apreciar un hecho sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos.

Informativa: Los informes que se soliciten a las oficinas públicas, escribanos con registro y entidades privadas, deberán versar sobre hechos concretos y claramente individualizados. Procederán únicamente respecto a actos o hechos que resulten de la documentación, archivo o registros contables del informante. Asimismo puede requerirse a oficinas públicas la remisión de expedientes o copias autenticadas de los mismos.

Inspección judicial: El tribunal de oficio o a petición de parte, podrá ordenar la inspección de alguna persona, sitio o cosa cuando lo crea necesario.

Presunciones: Inferencia o deducción de un hecho desconocido, a partir de un hecho conocido o acreditado. Las **presunciones legales** tienen el valor probatorio que la ley de fondo les reconoce.

Las **presunciones judiciales** hacen prueba solamente cuando por su gravedad, número y conexión con el hecho que trata de averiguarse, sean capaces de producir el convencimiento sobre su existencia de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional.

3.2. Otros medios de prueba.

Con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten la característica de impresionabilidad y traslatividad, pues en ellos se quedan estampados hechos que pueden ser trasladados al proceso. Entre ellos

tenemos los medios electrónicos, que pueden ser sub-clasificados en: a) medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, son los llamados también medios audiovisuales, y, b) los medios informáticos.

Los medios informáticos son instrumentos complejos en los cuales se expresa la inteligencia artificial y que se insertan en las relaciones sociales y humanas, pudiendo manifestarse en ellos conductas humanas o ser instrumentos para la realización de dichas conductas. A través de ellos se pueden realizar contratos, ofertas, adquisición de bienes, investigación documental, adquisición de servicios, transferencia de dinero, amenazas, extorsiones, pornografía, estafas, apropiaciones, fraudes, atentados contra la salud, lesión a la intimidad, violación de secretos industriales, praxis profesional inadecuada, etc. De todas las actividades que se pueden emprender con el uso de los medios informáticos pueden devenir conflictos que terminen en el ámbito jurisdiccional, lo que significa que debe darse una respuesta para su tratamiento en el proceso.

En los medios audiovisuales, la fuente de prueba consiste en las correspondientes imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes, es obvio que se incluyen soportes de índole informática, siempre que lo que contengan consista en imágenes o sonidos captados-; mientras que el medio probatorio viene dado por su reproducción ante el tribunal; la prueba será el resultado de esa práctica ante el tribunal.

Puede observarse una fuerte identidad entre los medios audiovisuales y los medios informáticos. La diferencia entre ambos, en una primera aproximación, radica en que, mientras los primeros captan o recogen imágenes o sonidos, los segundos contienen datos o información, en sentido genérico. Ambos son soportes, una cinta de video es tan soporte como un diskette; el contenido es de carácter incorpóreo (electrónica, magnética, etc.) y debe transformarse de algún modo sensible a los sentidos, es decir, requieren de un acto de reproducción. No obstante, debe expresarse que la diferencia radica en que los medios audiovisuales aprehenden una realidad o estampan unos hechos acaecidos, filman una secuencia o graban una conversación, mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

No se trata de un ejercicio académico, sino que tiene efectos prácticos en la actividad probatoria. Pues una forma será la de aportar los medios audiovisuales y su forma de reproducción y por supuesto la resistencia de quien se opone, y otra cuando se trata de medios informáticos. Obsérvese, por ejemplo, que

las reglas relativas a los documentos privados pueden ser aplicables a los medios informáticos que contengan documento, pero no en todos los casos a los medios audiovisuales, pues aquí podría impugnarse la exactitud, plenitud o coincidencia entre lo captado y la realidad

3.3. Los medios informáticos como objeto de prueba.

El profesor Devis Echandía²⁸, precisó que, “por objeto de la prueba se entiende que es aquello sobre lo que puede recaer la prueba”. Como se puede ver es una noción objetiva y abstracta, sin relación con las pretensiones de las partes, ni en el caso concreto procesal. En efecto, cuando nos referimos a los medios informáticos como objeto de prueba es que sobre ellos pueden practicarse otros medios probatorios, para comprobar algún hecho relativo a ellos como cosas, por ejemplo, que no hayan sido alterados, que haya una encriptación, etc. Los medios informáticos pueden ser objeto de otros medios de prueba como la inspección judicial y la experticia –prueba pericial-.

Cuando es objeto de prueba significa que el medio en ese momento es un hecho probatorio, por ejemplo, apreciar que un programa de software está funcionando mal, la existencia en la computadora de una correspondencia electrónica, los contenidos de una página web, el contenido de la bandeja de entrada de un servidor de correo electrónico, etc. O también, puede realizarse alguna comprobación técnica, como la existencia de firma digital encriptada, o pueden encontrarse rastros o evidencias de que existió unos datos determinados.

Los medios informáticos, en la mayoría de legislaciones, no se encuentran regulados en forma expresa dentro de las normas procesales. Esto plantea varios problemas, a saber: a) la forma de proposición para su incorporación al proceso, b) la admisión en el proceso y, c) la eficacia probatoria y la valoración procesal.

²⁸ Devis Echandía, Hernando “Teoría general de la prueba judicial”. Zabalía. 1993.

CAPITULO III

DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA INFLUENCIA DE LA LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.

SUMARIO: 1. Comercio electrónico; 2. Influencia de la Ley de Defensa del Consumidor; 3. Código Civil y Comercial de la Nación.

1-El comercio electrónico.

Entendemos como comercio electrónico todas aquellas transacciones realizadas por medios electrónicos, sea que se trate de bienes, servicios, información y fondos de dinero, en redes abiertas o cerradas, a través de computadoras interconectadas entre sí por medio de los servicios de telecomunicaciones normales; resulta importante reconocer la necesidad de crear un marco legal que de seguridad y certeza jurídica a las partes que están en relación contractual, y de reconocer como principio básico que, "Transacciones aseguradas y respaldadas legalmente", son los elementos que constituyen la primera piedra del ejercicio del comercio electrónico, las compañías ofrecen sus productos, yo compro por esta vía, pago con tarjeta de crédito y después me mandan el producto por afuera, por el canal tradicional.

Esta nueva forma de contratar, plantea problemas como la ausencia del papel y de la firma autógrafa, que acredita la autenticidad y le otorga valor al documento, ante esta situación, se ha planteado la problemática referente a la validez del documento emitido y contenido en un soporte electrónico.

La Comisión Europea insta a los Estados a que hagan posible los contratos por vía electrónica, a tal efecto los miembros tienen la obligación de garantizar que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización de los contratos efectuados por esta vía.

Aplicando los principios democráticos de libertad, se afirma que el Estado debe tomar una postura neutral y no dictar normas discriminatorias en el sentido de limitar la participación de las personas por el solo hecho de no utilizar un instrumento escrito, ya que las partes son libres de adoptar entre ellas cualquier procedimiento de registro de verificación de autoría, de firmas, el Estado debe permitir que los involucrados en un negocio electrónico, puedan probar judicialmente que su transacción es válida.

Las partes que comercian habitualmente, deben efectuar contratos cuyas cláusulas determinen en qué casos se considera que los mensajes electrónicos pertenecen a la esfera de intereses de cada una de ellas, podrán asentar que los obligan todos los mensajes, o sólo aquellos encriptados, o los que poseen firma digital, según el grado de seguridad que deseen establecer.

El comercio electrónico, tal como observamos precedentemente, se perfila como un factor decisivo en las perspectivas de crecimiento económico, tanto de las inversiones de los particulares como de las iniciativas gubernamentales. De allí la atención que le ha prestado el mundo entero a los intentos por generar un marco normativo adecuado a las nuevas realidades tecnológicas. La finalidad es superar los impedimentos contenidos en las legislaciones vigentes

En las primeras soluciones normativas, se destaca el estudio realizado en el marco de la Organización de las Naciones Unidas que a través de su Comisión para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, o en inglés, "UNCITRAL") sancionó la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico²⁹ de 1996; considerando la progresiva utilización de los medios electrónicos en reemplazo de los basados en soporte de papel en las transacciones comerciales. Propicia un nuevo criterio llamado "del equivalente funcional" respecto de las nociones de "escrito, firma y original".

El Artículo 5³⁰ de la Ley mencionada contiene el principio general de no discriminación de la información contenida en mensajes de datos electrónicos por la sola razón de no constituirse sobre soportes de papel. Seguidamente, sus Artículos 6³¹, 7³² y 8³³, establecen los requisitos básicos que debe satisfacer un

²⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. 16 de diciembre de 1996

³⁰ Art. 5. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico "No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos".

³¹ Art. 6. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico "1) Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito".

³² Art. 7. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico "1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos: a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma."

³³ Art. 8. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico. "1) Cuando la ley requiera que la información sea presentada y conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos: a) Si existe alguna garantía fidedigna de que se ha conservado la integridad de la información a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma; b) De requerirse que la información sea presentada, si dicha información puede ser mostrada a la persona a la que se deba presentar. 2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no sea

mensaje de datos electrónicos para configurar el equivalente funcional de las nociones de “escrito”, “firma” y “original”.

Con relación a la exigencia generalizada de presentación de la información “por escrito”, la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico establece que la misma quedará satisfecha si la información que el mensaje de datos electrónicos contiene es accesible para su posterior consulta, en el sentido de ser legible para el intelecto humano y reproducible.

El Artículo 7 de la norma dispone que cuando fuera exigida la firma de una persona el requisito será satisfecho si se utiliza un método alternativo que permita identificar de manera fiable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la identidad del “firmante” y que el mismo aprueba la información contenida en el mensaje de datos electrónicos. Esta disposición propicia el reconocimiento de la utilización de medios de autenticación tales como la infraestructura de firma digital y los sistemas de encriptación de mensajes, otorgándoles un reconocimiento legal equivalente al de las firmas manuscritas.

Con relación al requisito del “original” la Ley Modelo establece que el mismo se verifica cuando respecto del mensaje de datos electrónicos existan garantías fehacientes de que se ha conservado la integridad de la información, es decir, que la misma está completa e inalterada.

La reglamentación antes mencionada en base al principio general de no discriminación, otorga admisibilidad y fuerza probatoria a los mensajes de datos electrónicos en actuaciones judiciales, los que no podrán desestimarse por el solo hecho de no estar en soporte de papel, debiendo tenerse en cuenta la fiabilidad en la forma de conservación, contenido y atribución de autoría. Esta ley es un instrumento de notable trascendencia en la intención de adecuar, actualizar y/o sancionar legislación para facilitar el reconocimiento de la utilización de los nuevos medios de comunicación que brinda el avance tecnológico. No se pretende modificar el régimen vigente que regula el uso de documentación en soporte de papel, sino ampliar su alcance adecuándolo a las necesidades surgidas como consecuencia de las nuevas tecnologías.

presentada o conservada en su forma original. 3) Para los fines del inciso a) del párrafo 1): a) La integridad de la información será evaluada conforme al criterio de que haya permanecido completa e inalterada, salvo la adición de algún endoso o de algún cambio que sea inherente al proceso de su comunicación, archivo o presentación; y 7 b) El grado de fiabilidad requerido será determinado a la luz de los fines para los que se generó la información y de todas las circunstancias del caso”

La mayoría de los contratos se celebran utilizando medios electrónicos en por lo menos alguna de sus etapas de formación o ejecución. El contrato no deja de ser el resultado de la concurrencia de voluntades con distintos intereses, el cambio radical se evidencia en la instrumentación de tales acuerdos, al abandonarse el soporte de las ideas sobre papel para utilizar soportes electrónicos. En principio, la tradicional teoría de los contratos resulta aplicable a esta nueva modalidad de contratación. Las cuestiones principales que demandan atención y solución jurídica se refieren a: 1) la validez y fuerza probatoria del documento electrónico, 2) la identificación de las partes que interactúan, y 3) al no repudio del contenido de las manifestaciones de voluntad realizadas.

Hasta el momento los sistemas que pueden garantizar un principio de solución para las exigencias de confiabilidad, integridad, transmisión y conservación que debe respetar todo documento electrónico son la encriptación de la información y la certificación electrónica, ambas en el marco de aplicación de una infraestructura de firma digital.

El encriptado es un mecanismo de seguridad informática, que consiste en codificar el texto o la información a transmitir con la ayuda de signos claves (ilegibles). La información así tratada, deviene en incomprendible para cualquier persona que no posea la clave de desciframiento. Su propósito consiste en asegurarle al usuario privacidad, ocultando información de aquellos que tienen acceso a la información encriptada. Por ejemplo, se puede encriptar información en un disco rígido para evitar que otras personas no autorizadas puedan leerla.

La criptografía es un sistema que parece todavía un poco rústico, en el sentido que carece de la celeridad que es necesaria para muchos casos; sin embargo, la creciente utilización de la misma en los negocios, la admite como la técnica más difundida y segura para la firma digital, al punto tal que se ha convertido en estándar internacionalmente aceptado, incorporado en las normas ISO 9796; ANSI X9.31; ITU-TX.509.

Los certificados son documentos digitales que atestiguan que la clave pública pertenece a determinado individuo o entidad. Permiten la certificación en caso de reclamos de que una clave pública dada pertenece fehacientemente a una determinada persona. Los certificados ayudan a evitar que alguien utilice una clave falsa haciéndose pasar por otro.

Estos certificados son emitidos por "Autoridades Certificantes", que puede ser cualquier administración central de confianza que pueda confirmar las

identidades de aquellos a quienes otorga los certificados. Una compañía puede emitir certificados a sus empleados.

2-Influencia de la ley de defensa del consumidor.

La Ley de Defensa del Consumidor vigente en la Argentina desde el año 1993 incluye entre sus normas específicamente algunos aspectos de la venta por medios electrónicos o similares incorpora un régimen tuitivo general a favor del consumidor que integrada con los regímenes de Defensa de la Competencia³⁴ (Ley No. 25.156) y Lealtad Comercial³⁵ (Ley No. 22.802), consagran el principio in dubio pro -consumidor.

El Art. 33³⁶ establece que la venta por correspondencia y otros modos será aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. El Art 35³⁷ prohíbe la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice.

Así mismo, el Art. 10 ter³⁸ establece que cuando la contratación de un servicio, incluidos los servicios públicos domiciliarios, haya sido realizada en

³⁴ Ley N° 25.156. Ley de Defensa de la Competencia. Sancionada 25/08/1999.

³⁵ Ley N° 22.802. Ley de Lealtad Comercial. Sancionada 05/05/1983.

³⁶ Art. 33. Ley de Defensa del Consumidor. “Venta por Correspondencia y Otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios. No se permitirá la publicación del número postal como domicilio”.

³⁷ Art. 35. Ley de Defensa del Consumidor. “Queda prohibida la realización de propuesta al consumidor, por cualquier tipo de medio, sobre una cosa o servicio que no haya sido requerido previamente y que genere un cargo automático en cualquier sistema de débito, que obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efectivice. Si con la oferta se envió una cosa, el receptor no está obligado a conservarla ni a restituirla al remitente aunque la restitución pueda ser realizada libre de gastos”.

³⁸ Art. 10 ter. Ley de Defensa del Consumidor. “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. La empresa receptora del pedido de rescisión del servicio deberá enviar sin cargo al domicilio del consumidor o usuario una constancia fehaciente dentro de las SETENTA Y DOS

forma telefónica, electrónica o similar, podrá ser rescindida a elección del consumidor o usuario mediante el mismo medio utilizado en la contratación, lo que denota un reconocimiento de la libertad de forma y medios a la hora de contratar.

Esta ley protege al consumidor en cuanto usuario de medios tanto electrónicos como tradicionales en soporte papel al momento de perfeccionar un contrato de consumo, teniendo en cuenta los avances de la tecnología y la importancia que ha tomado el comercio electrónico para el mundo.

3-Código Civil y Comercial³⁹.

El nuevo Código Civil y Comercial aprobado por ley 26.994 introduce cambios en la regulación de algunos derechos y actos jurídicos. En relación a los actos jurídicos, en los cuales centramos nuestro análisis, las reformas que éste nuevo código trae, tiene una gran influencia en las empresas de comercio electrónico, o que integran el grupo de empresas que prestan servicios de intermediación entre usuarios de Internet por los modelos de negocios que estas generalmente adoptan y respecto a la validez de términos y condiciones o las políticas de privacidad de las mismas.

Una de las reformas en relación de lo contratos celebrados a distancia, se incluyen expresamente los medios electrónicos. También en el Art. 288⁴⁰ incorpora la firma digital otorgando validez como prueba de la autoría de una declaración de voluntad. En su Art. 1106⁴¹ establece la utilización de medios electrónicos y considera al contrato en soporte electrónico como escrito. En el

(72) horas posteriores a la recepción del pedido de rescisión. Esta disposición debe ser publicada en la factura o documento equivalente que la empresa enviare regularmente al domicilio del consumidor o usuario”.

³⁹ Ley N° 26.994. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Sancionada 01/10/2014.

⁴⁰ Art. 288. Código Civil y Comercial. “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.”

⁴¹ Art. 1106. Código Civil y Comercial. “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”.

artículo siguiente 1107⁴² regula la información de la utilización de los medios electrónicos estableciendo que los proveedores deben esclarecer todas las circunstancias necesarias para que el co-contratante pueda usar correctamente el medio elegido, para así de esta forma comprender los riesgos que derivan de su empleo y fundamentalmente para tener en claro quien asume esos riesgos. Por ende deben tenerse en cuenta estas normas al momento de redactar los términos y condiciones y al momento de publicitarlos de forma previa a la aceptación por parte del usuario. Podemos ver que norma se limita al momento de la celebración del contrato y no de la ejecución del mismo.

En cuanto a las ofertas por medios electrónicos otorga vigencia a las ofertas durante todo el tiempo en el que estén accesibles. Esto en el ciberespacio es muy complejo de controlar.

⁴² Art. 1107. Código Civil y Comercial. “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”.

CAPITULO IV

LEY DE FIRMA DIGITAL. VALORACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA LEY.

SUMARIO: 1. Ley de Firma Digital; 1.1. Autenticidad del Documento Electrónico: Firma electrónica y Firma digital.

1-Ley de Firma Digital.

En nuestro país, con el fin de promover la utilización de las nuevas tecnologías en las transacciones de importancia jurídica, se sancionó la Ley de Firma Digital N° 25.506 lo cual incorporó la noción de documento digital o electrónico, de la firma digital y firma electrónica, a su vez también, le otorgó el requisito legal de cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital...", salvo para aquellos casos expresamente excluidos en el Art. 4⁴³, referidos a aquellos actos jurídicos del derecho de familia, aquellos que dispongan sobre derechos personalísimos en general, las disposiciones por causa de muerte, y aquellos que deban ser instrumentados con formalidades incompatibles con la firma digital, sea por disposición de la ley o acuerdo de partes.

Con la norma referida quedó receptado en el ordenamiento jurídico argentino el criterio del equivalente funcional propuesto en la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI o UNCITRAL.

Doctrinariamente se sostiene que la firma electrónica es el género dentro del que puede distinguirse la firma digital como una especie, la cual requiere de mayor rigurosidad tecnológica en relación a su seguridad e infraestructura.

Una firma digital es aquel mecanismo de autenticación digital que se basa en el uso de un certificado de clave pública válida emitida por una Autoridad Certificante licenciada por un órgano público. A tal fin, la ley crea una Infraestructura de Firma Digital, cuyo órgano rector es la Jefatura de Gabinete de Ministros. Ésta además de otorgar la licencia para funcionar como Autoridad Certificante Licenciada, emite el certificado digital de dicha Autoridad, en un esquema de Autoridad Certificante. Sin embargo, los servicios de certificación digital pueden prestarse sin necesidad de habilitación previa, en éste caso, las firmas que se otorguen con dichos certificados tendrán el valor de una firma electrónica, y no de una firma digital.

⁴³ Art. 4. Ley de Firma Digital. "Las disposiciones de esta ley no son aplicables: 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".

Por lo tanto la firma electrónica, es cuando se utiliza cualquier mecanismo de autenticación digital que no constituya una firma digital: puede ser un PIN, una password, un enter en la opción de “aceptar” en una página web, el nombre que figura en una cuenta de correo electrónico, la identificación mediante una huella digital escaneada, etc..

Según el Art. 6⁴⁴ de la ley 25506, por documento electrónico o digital se entiende a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura. También se resuelve el tema de la obtención de copias autenticadas de documentos a partir de originales electrónicos firmados digitalmente. Establece que la certificación de autenticidad de tales copias, se hará de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes específicas, vigentes para el acto de que se trate, identificando el soporte del cual procede la copia.

A su vez otras de las normas de las que dispone la presente ley, establece en su Art. 11⁴⁵ la calidad de Original de un documento, estableciendo el valor probatorio del documento electrónico firmado digitalmente y las reproducciones de dicho documento. En su Artículo siguiente regula el problema de la conservación de los documentos electrónicos, determinando que la exigencia legal de conservar documentos, registros o datos, queda satisfecha con la conservación de documentos digitales firmados digitalmente, aunque a su vez establece el requisito de que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente el origen, destino, fecha y hora de su generación, envío o recepción. Por otra parte regula la opción de que las partes podrán almacenar dichos documentos o bien confiar el almacenamiento a terceros de confianza, aceptados por los intervinientes, por los plazos de conservación previstos en las normas específicas. Esto contempla la libertad de las partes de acordar los mecanismos de autenticación a ser utilizados.

⁴⁴ Art. 6. Ley de Firma Digital. “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.”

⁴⁵ Art. 11. Ley de Firma Digital. “Los documentos electrónicos firmados digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”.

1.1. Autenticidad del Documento Electrónico: Firma electrónica y Firma digital.

Para comenzar la ley le reconoce a la firma electrónica su pleno valor jurídico, las partes pueden acordar cualquier mecanismo de identificación que será válido entre ellas y frente a terceros, en la medida que el acto de que se trate no requiera de determinadas solemnidades. Se entiende que la ley admite la libertad de las partes para acordar el mecanismo de autenticación y establece que en caso de no reconocimiento de la firma, la carga de la prueba de su validez recae sobre quien la alega. Este acuerdo de partes trasciende las fronteras.

En la Firma Digital se utiliza autenticidad del origen del mensaje, en éste sentido, este aspecto de seguridad, protege al receptor del documento, garantizándole que dicho mensaje ha sido generado por la parte identificada en el documento como emisor del mismo, no pudiendo alguna otra entidad suplantar a un usuario del sistema. Esto se logra mediante la inclusión en el documento transmitido de un valor de autenticación.

El valor depende tanto del contenido del documento como de la clave secreta en poder del emisor. El no repudio del origen protege al receptor del documento de la negación del emisor de haberlo enviado. El emisor no puede negar bajo ninguna circunstancia que ha generado dicho mensaje, transformándose en un medio de prueba inequívoco respecto de la responsabilidad del usuario del sistema. No puede suplantarse el hecho de que la firma haya sido creada por el signatario mediante medios que mantiene bajo su propio control (su clave privada protegida, por ejemplo, por una contraseña, una tarjeta inteligente, etc.) asegura, además, la imposibilidad de su suplantación por otro individuo.

Aspectos técnicos de la firma digital.

La firma digital consiste en el agregado de un apéndice al texto original, siendo este apéndice, la firma digital; al conjunto formado por el documento original más la firma digital se lo denominará mensaje. La firma digital es el resultado de un cálculo que se realiza sobre la cadena binaria del texto original.

En este cálculo están involucrados el documento mismo y una clave privada (que, generalmente, pertenece al sistema de clave pública-privada o sistema asimétrico) la cual es conocida sólo por el emisor o autor del mensaje, lo que da como resultado que para cada mensaje se obtenga una firma distinta, a diferencia de la firma tradicional, la firma digital cambia cada vez con cada mensaje, porque la cadena binaria de cada documento será distinta de acuerdo a su contenido.

El concepto de criptografía de clave pública fue introducido a fin de solucionar la distribución de claves secretas de los sistemas tradicionales, mediante un canal inseguro. Este sistema utiliza dos claves diferentes: una para cifrar y otra para descifrar. Una es la clave pública, que efectivamente se publica y puede ser conocida por cualquier persona; otra, denominada clave privada, se mantiene en absoluto secreto ya que no existe motivo para que nadie más que el autor necesite conocerla y aquí es donde reside la seguridad del sistema. Ambas claves son generadas al mismo tiempo con un algoritmo matemático y guardan una relación tal entre ellas que algo que es encriptado con la privada, solo puede ser descifrado por la clave pública.

La clave privada es imprescindible para descifrar criptogramas y para firmar digitalmente, mientras que la clave pública debe usarse para encriptar mensajes dirigidos al propietario de la clave privada y para verificar su firma.

En tiempo de generación de cada par de claves, pública y privada, podría intervenir otra clave que es la de la Autoridad Certificante, que provee la garantía de autenticidad del par de claves generadas, así como también, su pertenencia a la persona cuya propiedad se atribuye. Este esquema se utiliza en intercambios entre entidades cuando se trata de transferencias electrónicas de dinero, órdenes de pago, etc. donde es indispensable que las transacciones cumplan con los requisitos de seguridad enunciados anteriormente (integridad, autenticidad, no repudio del origen, imposibilidad de suplantación, auditabilidad y acuerdo de claves secretas), pero no se satisface el concepto de confidencialidad de la información (secreto).

Por otra parte como mencionamos anteriormente, el documento electrónico puede ser firmado de forma digital o electrónica.

Si fue firmado digitalmente el documento electrónico, éste podrá ser considerado instrumento público siempre que cumple con todas las formalidades que la ley requiere. En caso contrario, podrá ser considerado un instrumento

privado, con firma o sin ella, el cual podrá ser no reconocido por una de las partes, pero que podrá complementarse con prueba adicional que acredite su existencia.

Entonces el documento electrónico, podrá ser asimilado al documento legislado en los códigos procesales. Podemos mencionar algunos de los ejemplos de documentos electrónicos como son, los correos electrónicos, las transferencias por Internet, las bases de datos, los datos contenidos en un disco rígido de una computadora, dispositivo criptográfico. También un video digital, una fotografía digital, una imagen digital de satélite, una imagen realizada por cámara oculta, una grabación telefónica almacenada en un medio digital, una comunicación telefónica realizada sobre Internet, etc.

Por ende, resulta admisible como elemento de prueba en el proceso civil. Sin embargo, dado que no tiene una regulación específica, resulta como anticipamos de aplicación lo normado respecto de la prueba documental, en la medida que sea compatible. Se aplican las disposiciones procesales sobre admisibilidad, oportunidad, ofrecimiento, producción, impugnación y valoración de la prueba documental. Asimismo, pueden ser objeto de informes, pericias, testimonio y absolución de posiciones.

En efecto, la ley presume que el autor del documento electrónico firmado digitalmente es la persona titular del certificado de clave pública correspondiente a la clave privada con la cual se firmó. La presunción de integridad consiste en suponer que el documento es íntegro, es decir, que el documento electrónico firmado digitalmente presentado en el proceso es el mismo que la persona emitió en el momento de su firma.

Ambas presunciones admiten prueba en contrario

Si por el contrario el documento digital cuenta con una firma electrónica, se invierte la carga de la prueba y corresponde probar la firma del documento a la persona que alega la validez de firma.

Esto implica que no es posible desconocer la validez del documento electrónico como evidencia digital. Asimismo, corresponde a la parte que presenta dicho documento digital con firma electrónica, demostrar la validez de dicha firma electrónica, mediante elementos probatorios que ayuden al Juez a elaborar su convicción, por ejemplo, con informes técnico jurídicos que describan el procedimiento para la obtención de la prueba electrónica, para su conservación, los mecanismos de autenticación utilizados, y los procedimientos para su presentación en juicio en soporte papel.

Puntualizamos aún en el caso de un documento electrónico firmado digitalmente, es necesario acompañar en el expediente un informe complementario que contemple los aspectos mencionados, para formar la convicción judicial.

Un documento electrónico no firmado, también es válido como elemento de prueba, como instrumento privado y principio de prueba por escrito.

De todas maneras, la valoración de la eficacia de los elementos probatorios electrónicos queda en manos del Juez, quien aplicará su sana crítica. Es por ello que, en un proceso de avances tecnológicos que implican a su vez una transición de la cultura del papel a la cultura digital, y atendiendo a que en nuestro país aún el tema es incipiente, sería prudente acompañar los documentos electrónicos con prueba complementaria, del tipo de informes técnicos, pericias, testimonial, de modo de presentar los elementos probatorios de manera clara y accesible.

CAPÍTULO V

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

SUMARIO: 1. Ventajas. 2. Desventajas.

1-Ventajas:

1-Los avances en la informática optimizarán la administración de la justicia en general y del proceso en especial.

Aportaría transparencia en las operaciones llevadas a cabo por estos medios, así como un mejor aprovechamiento de tiempos de los operadores, otorga celeridad, publicidad y transparencia a los procesos.

2-La tecnología en la actualidad se puede posesionar como un instrumento fundamental para el pronunciamiento y la sentencia justa y objetiva, salvo donde la grafía y la firma de los documentos son requeridas ad probationem o ad solemnitatem, donde el documento electrónico pierde validez de prueba.

3-Con la ley 25.506, que iguala la firma digital con la firma ológrafa y otorga valor probatorio a los documentos firmados digitalmente.

4-Es posible el reemplazo del documento tradicional por el documento electrónico si se garantizara la inviolabilidad del documento electrónico o digital.

2-Desventajas:

1-Pero a su vez el progreso ha traído nuevos problemas referidos a la validez y a la valoración de las pruebas en soportes informáticos.

2-El juez para resolver un caso particular seguirá las reglas de la sana crítica, que consiste en un método científico que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones de un pleito es la correcta, la conclusión obtenida por el juez, respecto de los documentos y su relación con el objeto litigioso le permitirá llegar a una sentencia.

3- Nuevos modos de relacionarse que afectan a la economía, los negocios y procesos productivos, las pautas culturales, las relaciones interpersonales, la educación y la construcción de conocimiento.

4- El sistema digitalizado de información genera desconfianza, por lo que el derecho debe garantizar la legalidad y la transparencia de los documentos electrónicos como prueba legal.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES GENERALES Y PROPUESTA.

SUMARIO: 1. Conclusiones Generales. 2. Propuestas.

1. Conclusiones Generales.

Hoy en día es una constante la evolución de tecnologías en el campo de la informática.

El intercambio de información y de documentos en formato digital o electrónico se encuentra en el seno de la sociedad, con elevada trascendencia sobre la economía, el trabajo, la política, etc. por ende, “la forma” en que se expresan los actos humanos cobra una principal figura. Por ésta razón es de suma importancia la sanción de normas jurídicas propias que regulen las necesidades de los diferentes sectores debido a éste progreso tecnológico, que requieren respuestas legales en torno a la admisión y utilización de los registros informáticos como prueba en un litigio judicial.

En respuesta a las hipótesis del proyecto de investigación para el desarrollo de este trabajo, y tal como se encuentra contemplado en la extensión del mismo, llegamos a las siguientes conclusiones:

Ante la ausencia de normas específicas abarcativas de los distintos tipos de medios electrónico, los mismos pueden ser ofrecidos como medios de prueba no previstos, en los términos del Art. 378 CPCCN y según el Art. 147 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, y así diligenciarse aplicándose por analogía las disposiciones de los medios que sean semejantes ellos o, en su defecto, en la forma que establezca el juez y previéndose que en caso de ser desconocida su autenticidad o recepción deberá estarse a lo que resulte de otros medios de prueba, ponderándose asimismo los usos del tráfico comercial y la conducta precedente y posterior de las partes.

Respecto a la Ley de Firma Digital podemos decir que trata solamente parte de la problemática relacionada con el denominado 'comercio electrónico', si bien es cierto que la legislación es escasa para la mayoría de los casos generales, consideramos que echa luz sobre uno de los principales focos de inseguridad jurídica que este tipo de operaciones importan.

Por otra parte en la actualidad con los avances continuos de la tecnología, contamos con los recursos necesarios para otorgar valor probatorio dentro del proceso a este tipo de medios probatorios electrónicos como son por ejemplo los documentos electrónicos. Tales modificaciones deben ser flexibles, para poder

adaptarse de este modo al devenir de la llamada Era digital y así ser reconocidas como mecanismos seguros de prueba o contratación.

Por éste motivo entendemos que es sumamente necesario que los profesionales del derecho tanto como los funcionarios judiciales posean una preparación tecnológica que les facilite el conocimiento de las limitaciones y de las capacidades de estos medios probatorios, para poder emplearlo fácilmente y sin mayores complicaciones, reconociendo a su vez términos afines a la cuestión., pudiendo en definitiva realizar una valoración de los mismos. Debemos considerar además que la valoración de las pruebas que realizan los jueces se hace en base a las reglas de la sana crítica.

Entendemos entonces que, en pos de la seguridad jurídica, el derecho no puede ni debe permanecer ajeno a estos inevitables y profundos cambios, que si bien pueden utilizarse por aplicación analógica de otros conceptos, ha llegado el momento de cuestionarnos la regulación de éstos nuevos medios probatorios a fin de sacarle el mayor provecho posible en pos de la justicia en el proceso. Dando solución y respuestas a los vacíos legales que suscita ésta irrupción tecnológica e informática.

2. PROPUESTA

Como se evidenció en el desarrollo del presente trabajo investigativo, la inclusión de los medios electrónicos como medios de prueba, teniendo en cuenta la evolución tecnológica existente en el mundo, ayudará a proteger diversos derechos de índole constitucional, tales como Derecho al Debido proceso, Derecho de Defensa en Juicios, y otras reglas contenidas en las diversas ramas de la ciencia del derecho como la Autonomía de la Voluntad y Libertad de Formas Probatoria entre otras.

A tal efecto, nuestra propuesta será la introducción expresa de los medios electrónicos al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, a través de los siguientes artículos:

1. Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se

estimaré primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta.

2. Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta puede ser accesible para su ulterior consulta.

3. Se entenderá como mensaje de datos toda la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Se presumirá que un mensaje de datos proviene del emisor si ha sido enviado por el propio emisor, usando medios de identificación, tales como claves o contraseñas del emisor o por alguna persona facultada para actuar en nombre de éste respecto a ese mensaje de datos o por un sistema de información programado por el emisor o en su nombre para que opere automáticamente.

4. Los documentos electrónicos con firma electrónica avanzada o fiable hacen prueba plena, salvo prueba en contrario. Cuando se trate de documentos digitales que no contengan firma electrónica avanzada o sello digital, para su valoración se tomará en cuenta primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generado, comunicado o recibido o archivado y si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta, de no darse tales requisitos tales documentos electrónicos solo constituirán instrumento privado y principio de prueba por escrito que deberán ser administrados con otro tipo de pruebas, quedando a la libre apreciación del juzgador el que deberá motivar debidamente la valoración que haga de dicha prueba.

BIBLIOGRAFÍA

A. General

- Bidart Campos, Germán J., “*Derecho Constitucional*”, Ediar, Buenos Aires, 1966.
- Couture, Eduardo, “*Estudios de derecho procesal civil*”, De Palma, Buenos Aires, 1973.
- Devis Echandía, Hernando “*Teoría general de la prueba judicial*”. Zabalía. 1993.
- Palacio, Lino Enrique. “*Tratado de Derecho Procesal Civil*”. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1977.

B. Específica

- Ventura, Gabriel. “*Ley de Firma Digital. Análisis exegético de la ley 25506/2001*”, La Ley, 2004.
- Carbone, Carlos Alberto, “*Grabaciones, escuchas telefónicas y filmaciones como medios de prueba*”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- Ormazábal Sánchez, Guillermo, “*La Prueba documental y los Medios e Instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*”, La Ley, Madrid, 2000.

Páginas Web Consultadas

www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf Consultada 23/04/2015.

ÍNDICE

Resumen.....	2
Estado de la Cuestión.....	3
Método.....	6
Marco Teórico.....	7
Introducción.....	9

CAPITULO I

LEGISLACIÓN ARGENTINA

1. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.....	15
2. Código Procesal Civil y Comercial de Sant Fe.....	16
3. Código Civil de la Nación.....	17

CAPITULO II

LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL

MEDIOS DE PRUEBA TRADICIONALES Y ELECTRÓNICOS

1. El derecho de probar y la libertad de medios probatorios.....	21
2. Los derechos involucrados en la prueba informática.....	22
3. Medios de Prueba.....	23
3.1. Medios de prueba legislados en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe.....	23
3.2. Otros medios de prueba.....	24

3.3.Los medios informáticos como objeto de prueba.....	26
--	----

CAPITULO III

DESARROLLO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO Y LA INFLUENCIA DE LA LEY DEFENSA DEL CONSUMIDOR

1. El Comercio Electrónico.....	28
2. Influencia de la Ley de Defensa del Consumido.....	32
3. Código Civil y Comercial.....	33

CAPITULO IV

LEY DE FIRMA DIGITAL. VALORACIÓN Y ADMISIBILIDAD DE LA LEY

1. Ley de Firma Digital.....	36
1.1. Autenticidad del Documento Electrónico: Firma electrónica y Firma digital.....	38
Aspectos técnicos de la firma digital.....	38

CAPITULO V

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA APLICACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

1. Ventaja.....	43
2. Desventajas.....	43

CAPITULO VI
CONCLUSIONES GENERALES Y PROPUESTAS

1. Conclusiones.....	46
2. Propuesta	48
3. Bibliografía.....	50