

**XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL: “El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI”.**

Termas de Río Hondo. 14, 15 y 16 de septiembre de 2017.-

**Comisión (Proceso Civil): Tema N° 2: “*JURISDICCIÓN Y NUEVAS TECNOLOGÍAS*”.**

**Título:** “Recepción y regulación de las nuevas tecnologías en el C.C.C.N. Consecuencias procesales en materia probatoria”.

**Autor:** Katya Ayelén Antún. D.N.I.: 35.966.477. Dirección Postal: Rondeau 551, 6° “E”, Barrio Nueva Córdoba. Ciudad de Córdoba. Teléfono: (0351) 155556286. Correo electrónico: k.antun@hotmail.com; Fecha de nacimiento: 24/07/1991.

**Breve síntesis de la propuesta:** El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta y regula las nuevas tecnologías a lo largo de su articulado, lo cual produce- inexorablemente- efectos en el ámbito procesal. La presente ponencia tiene por objeto analizar cuáles son las consecuencias procesales que acarrea esta nueva regulación, especialmente en lo referido a la cuestión probatoria.

**Postulación:** La autora tiene intención de participar en el concurso de mejores ponencias presentadas por jóvenes abogados y a competir para ser seleccionadas para publicar en el libro del Congreso y los Premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “elDial.com”.

**Sumario del contenido:** 1.Introducción. 2. Recepción legal de las nuevas tecnologías en el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. La recepción expresa en los contratos de consumo. 4. El rol del juez frente a las nuevas tecnologías. 5. Valoración del documento electrónico tras su incorporación a los procesos judiciales. La flexible fórmula del Art. 378 del C.P.C.C.N. 6. Conclusión.

## **1. INTRODUCCIÓN**

La presente ponencia tiene por objetivo analizar de qué manera el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta y regula las cuestiones vinculadas con las nuevas tecnologías, las cuales conllevan a la existencia de novedosas formas de comunicación e instrumentación de los acontecimientos, que han tomado gran relevancia en estos últimos tiempos. En esta misma línea de pensamiento, analizaré cuál es el impacto o los posibles efectos que, inevitablemente, se proyectarán sobre el ámbito procesal, especialmente en materia de la producción y- más aún- valoración de la prueba.

## **2. RECEPCIÓN LEGAL DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.**

El Código Civil y Comercial ha consagrado en su texto varias disposiciones referidas a la aplicación de la informática y las consecuencias jurídicas que acarrea, receptando los nuevos medios informáticos o electrónicos.<sup>1</sup>

Este cuerpo normativo recepta, en cuanto al punto bajo análisis, el avance de la informática en la realidad normativa argentina.

Si bien las problemáticas asociadas al derecho informático están cada vez más presentes en los conflictos que llegan a los tribunales para su resolución, la disciplina se encuentra transitando- de modo claro- un proceso de conformación,<sup>2</sup> se encuentra en una etapa todavía embrionaria de desarrollo.

Esta necesidad de adaptarse a las nuevas transformaciones tecnológicas ha sido receptada por el nuevo Código Civil y Comercial, a través de la incorporación de términos y el uso de soportes electrónicos para algunos aspectos de las relaciones jurídicas.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> “La incorporación de normas de derecho informático en el nuevo Código Civil y Comercial y sus proyecciones en los procedimientos judiciales”. Viviana Silvia Torello.- [www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/06/Doctrina1299.pdf](http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/06/Doctrina1299.pdf)

<sup>2</sup> “Tratado de Derecho Procesal Electrónico”- Carlos Enrique Camps (Director)- AbeledoPerrot 2.015

<sup>3</sup> Reforma al Código Civil y Comercial (LEY 26.994) Medios Electrónicos. por Lidia Zuvi- (web)

Dentro de la aparición de la informática en el terreno jurídico y en el tema específico del nuevo Código Civil y Comercial, el área donde más se ha desarrollado su regulación es el área contractual.

Así, algunas disposiciones que se introducen en el nuevo texto legal referidas a la materia bajo análisis, y sus potenciales proyecciones en el trámite de las causas judiciales son por ejemplo el **Art. 284**<sup>4</sup>, al hablar de libertad de formas. En el **Art. 286**<sup>5</sup>, se ve en forma expresa esta recepción, al hablar de la expresión escrita. Se actualiza el criterio para considerar la expresión escrita a fin de incluir toda clase de soportes, aunque su lectura exija medios técnicos, lo que permite recibir el impacto de las nuevas tecnologías.

Concordantemente, se ha incorporado dentro del capítulo de “Hechos y Actos Jurídicos” -en la denominación de los instrumentos- una innovadora categoría de los que son producto de la aplicación de tecnologías y la informática y su valor legal. Lo hace el **Art. 287**<sup>6</sup>, al regular los instrumentos particulares no firmados. A continuación, el **Art. 288**<sup>7</sup> recepta la firma digital. Como surge de la lectura del artículo, en cuanto a la firma su efecto propio es la asunción del texto, es decir de la declaración de voluntad. Se agrega un párrafo referido a los instrumentos generados por medios electrónicos que está en consonancia con la Ley 25.506 de firma digital.<sup>8</sup> A su vez, el Art. 318, regula lo relativo a la correspondencia.<sup>9</sup> La doctrina se ha ocupado de remarcar que la previsión legal es aplicable a los correos electrónicos, destacando el avance que implica esta regulación.

### **3. LA RECEPCIÓN EXPRESA EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO.**

---

<sup>4</sup> Establece que... “Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente.”

<sup>5</sup> Se establece que la expresión escrita “puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos”.

<sup>6</sup> Se afirma que “esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de las cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información.”

<sup>7</sup> Establece que “en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una **firma digital**, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

<sup>8</sup> El artículo 3 de la Ley 25.506 establece –si bien luego se consignan excepciones- que “cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

<sup>9</sup> Dispone que “cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba”

En el Libro Tercero de los Derechos Personales, Título III, Contratos de Consumo, en el Capítulo III: “*Modalidades Especiales*”, se regulan modalidades especiales que constituyen prácticas muy extendidas en la contratación de consumo: contratos celebrados fuera de los establecimiento comerciales, celebrados a distancia **y celebrados por medios electrónicos**. Se los define, se fijan reglas generales aplicables y se establecen algunas específicas derivadas del control del medio que, habitualmente, ejerce el proveedor, como el deber de información enfocado a la vulnerabilidad técnica derivada del medio utilizado. La forma de los actos jurídicos y en particular de los contratos, comprende todas las circunstancias y condiciones que los hacen visibles. Pero en materia de contratos electrónicos debemos considerar que hay un factor determinante, que es la “desmaterialización” es decir, prácticamente la eliminación del soporte papel. Lo esencial es que el mensaje de datos cumpla las funciones de un escrito, que satisfaga las razones por las cuales el derecho interno requiere la presentación de un escrito.<sup>10</sup> En igual sentido, se inclina el Art. 1.015 CCCN al hablar de la libertad de formas.<sup>11</sup> y el Art. 1106, al hablar de la utilización de medios electrónicos en los contratos de consumo.<sup>12</sup>

#### **4. EL ROL DEL JUEZ FRENTE A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.**

El desarrollo de las nuevas tecnologías plantean una doble perspectiva: por un lado, el surgimiento de nuevos conflictos que llegan a los estrados judiciales en procura de ser resueltos por los magistrados; y por el otro la posibilidad de que todos los operadores jurídicos- jueces, abogados litigantes, etc.- pueden valerse de los nuevos medios tecnológicos a los fines de probar los hechos controvertidos (desde el punto de vista de los letrados), y llegar a una decisión justa (desde el punto de vista del juez) que se acerca en la mayor medida posible a la verdad real de los hechos.

---

<sup>10</sup> Idem 1

<sup>11</sup> Establece que “*Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.*”

<sup>12</sup> Indica que “siempre que se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender por satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un **soporte electrónico y otra tecnología similar**”.

En la determinación de la *quesito facti*, el órgano decisor depende de las pruebas: elementos que se suponen emanados directa o indirectamente de la realidad a investigar y que, apreciados por aquél, lo convencen de que dicha realidad haya tenido tales o cuales propiedades relevantes.<sup>13</sup>

La atención del juez respecto de la claridad con la que son presentadas las pruebas sobre los hechos en autos importan, pues, un deber sustentado en la razonabilidad argumental que se esperará de una decisión judicial que pretenda ser válida en sí misma.

En el procedimiento en el cual el objeto del proceso contiene elementos vinculados al derecho informático o a las tecnologías de la información o comunicación, la novedad y la constante modificación imponen al juzgador introducir elementos derivados de principios procesales que preserven a su vez las garantías constitucionales de defensa en juicio y, en su caso, el derecho de propiedad.<sup>14</sup>

La ausencia de normativas procesales específicas para ello provocan aún más la vigencia de conceptos y principios básicos y elementales sobre los cuales el juez o Tribunal deben sustentar la aplicación de tales directrices pretorianas del procedimiento, a efectos de no desnaturalizarlo o, lo que es peor, desequilibrar la contienda alterando la igualdad de las partes en el proceso.

Más allá del actual imperio del principio dispositivo plasmado en la carga del impulso procesal, se espera actualmente del juez que no se mantenga impasible frente a dilaciones o demoras, o bien frente a oscuridades frente a la colección de elementos necesarios para el conocimiento cabal de la verdad objetiva en el litigio.<sup>15</sup>

La recolección de la prueba informática presenta diversos inconvenientes inherentes a su propia esencia: su reproducción a costo cero importa, asimismo, su alterabilidad.

Es pues la integridad de la información contenida mediante cualquier soporte, así como el origen de la misma indubitadamente identificado, un elemento de particular valor para la incorporación del elemento probatorio en

---

<sup>13</sup> “Manual de informática jurídica”- Ricardo A. Guibourg, Jorge O. Alende, Elena M. Campanella- Editorial Astrea

<sup>14</sup> Idem “2”- Pág. 350

<sup>15</sup> Idem “2”- Pág. 351

el pleito. Y en muchos casos es el juez el que debe velar porque el procedimiento de secuestro u obtención de información electrónica de registros o soportes de las partes o de terceros sea obtenido garantizando tales características, al igual que responder a un procedimiento que permita el adecuado control de las partes.<sup>16</sup>

En relación a esto, debe destacarse en nuestro país la existencia de dos sistemas: uno más amplio, propio del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – y los respectivos códigos procesales de las provincias que lo siguen –, que faculta al juez a juzgar no sólo sobre la admisibilidad sino también sobre la pertinencia de la prueba, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en la provincia de Córdoba, donde los jueces pueden pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba que se quiere introducir al proceso, más no sobre la pertinencia de la misma. Dependerán entonces del régimen adoptado por cada provincia que los jueces tengan facultades amplias o más bien limitadas sólo al análisis respecto de la admisibilidad de la prueba.

Atento la naturaleza de la acción, es factible que una vez entablada la demanda o conocida su existencia por la parte requerida, se oculte, modifique o destruya el objeto probatorio, imposibilitando así la acreditación de los hechos por parte de los reclamantes. En el caso de que sean adoptadas como medidas de prueba anticipada a los fines del aseguramiento de la prueba a integrarse en un proceso ordinario a promoverse, pueden ser observadas como medidas cautelares, y como tales deben reunir los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y prestar la debida contracautela para su producción.<sup>17</sup>

Resulta de particular relevancia apreciar la observación de la prueba electrónica y de la función del juez en el control de su producción, incorporación al pleito y mérito de su idoneidad, desde diversas ópticas: sea que se aprecie el elemento electrónico como objeto de prueba, pues sobre él se encuentra el eje de la pretensión, como soporte continente de prueba, o bien como medio informático de la misma.

En el caso de que se lo aprecie como objeto de prueba, cabe concluir que la actividad del juez como director del proceso, y frente a la ausencia de una

---

<sup>16</sup> Idem 2- Página 357

<sup>17</sup> Idem 2- Página 358

particular normativa procesal en la materia, es establecer diversas pautas acerca del modo en que se desarrollará su evaluación. Es decir, pautas sobre las cuales deberá efectuarse la medida pericial o eventualmente el secuestro u obtención de información, utilizando criterios análogos a los vinculados a otras probanzas.<sup>18</sup>

Las facultades de dirección del proceso y el objetivo último del juez que representa la obtención de la verdad objetiva y con ello una fundamentación adecuada de su pronunciamiento, habilitan al magistrado a disponer criterios que permitan preservar la igualdad de las partes en el proceso, la transparencia en la obtención y análisis de la prueba, así como la integridad e inmutabilidad de su contenido.

Puede ser también el caso de que el medio electrónico represente sólo un vehículo de la prueba: un medio de almacenaje de información perceptible simplemente por los sentidos con la tecnología adecuada, sin necesidad de actividad pericial alguna, donde la atención del magistrado se encuentra focalizada en la preservación de la integridad física y lógica del CD, DVD, *pendrive*, etc., y garantizar que las partes tengan igual acceso al contenido de la información que contienen tales soportes.

## **5. VALORACIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO TRAS SU INCORPORACIÓN A LOS PROCESOS JUDICIALES. LA FLEXIBLE FÓRMULA DEL ART. 378 DEL C.P.C.C.N**

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

---

<sup>18</sup> Idem 2- Página 359.

Si hablamos particularmente del documento electrónico, será una cuestión a tener presente cuales han sido los antecedentes que han rodeado el litigio de que se trate para poder determinar la fuente de legitimación del medio electrónico invocado. Se han elaborado ciertas pautas orientadoras, que resultan muy útiles, a los fines que el juez pueda analizar el valor probatorio de un documento electrónico, que pueden enumerarse de la siguiente manera: **a)** Una convención entre partes, donde rige la autonomía de la voluntad, que acuerdan otorgarle validez a las declaraciones que hagan en el futuro en forma electrónica. **b)** Una ley que establezca un principio de no discriminación, de modo que el juez no pueda rechazar una declaración, basándose en la sola razón de que está asentada en un medio electrónico. **c)** Una sentencia que legitime el procedimiento. **d)** La costumbre negocial en el sector de los negocios en que se utiliza el documento. **e)** La conducta anterior de las partes. <sup>19</sup>

Varios autores y distintos precedentes jurisprudenciales han sostenido que en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba (documental) que tiene suficiente sustento normativo, a tal punto que un rechazo “in límine” de su eficacia probatoria incurriría en un excesivo rigor formal y arbitrario, desconociendo la garantía de la defensa en juicio. La prueba de los documentos informáticos debe ser valorada hoy por los jueces de acuerdo a las normas de la sana crítica racional.

Si bien en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no se encuentra específicamente contemplada entre las disposiciones de las medidas preliminares (Art. 323) ni de la prueba anticipada (Art. 326), la posibilidad de su producción a través de la implementación de medios tecnológicos, lo cierto es que con la incorporación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación la doctrina afirma que ya no quedan dudas de que resultarán admisibles los documentos electrónicos, cuando la parte interesada solicite su obtención como diligencia preliminar o prueba anticipada, y su comprobación con antelación a la sustanciación de la demanda, para evitar la adulteración de los documentos electrónicos de que se trate, por

---

<sup>19</sup> *Idem 1*

intermedio de su constatación previa, con la participación de un perito licenciado en sistemas o ingeniero en informática que designe el juez.

También puede ocurrir que sea presentado, junto con el escrito inicial, una impresión de intercambio de e-mails entre las partes y que una vez corrido el traslado, el demandado niegue su autenticidad. En ese caso, podrá solicitar la producción de prueba pericial técnica; de esta manera el Dr. Lorenzetti afirma que *“ninguna duda cabe en cuanto a la admisibilidad de este tipo de instrumentos, como prueba documental, sin mengua de la valoración que el juez efectúe al dictar sentencia, conforme las reglas de la sana crítica y en concordancia con los restantes medios probatorios”*.

De esta manera el documento electrónico debe garantizar los mismos efectos que un instrumento en soporte papel en cuanto a la voluntad declarada en el documento.

Es por eso que, más allá del innegable carácter documental del documento electrónico, si hablamos de la prueba informática en general, entendemos que es factible que la misma pueda producirse atendiendo a todos los medios probatorios que ofrece el CPCCN, y, en su caso, ofreciendo nuevos que deberán producirse aplicando analógicamente los existentes, conforme el Art. 378 de este cuerpo normativo, que establece una flexible fórmula en su segundo párrafo, al disponer: *“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”*. Por ejemplo, en el caso de un correo electrónico, debería – además de acompañarse la impresión- ofrecerse la producción de una pericia informática sobre el servidor y la computadora que hubiera recibido el correo electrónico, y sobre el servidor desde el cual hubiera sido enviado, a los fines de su eficacia o valor probatorio.<sup>20</sup>

En la jurisprudencia cordobesa<sup>21</sup> se ha dicho que el correo electrónico o mail como medio probatorio, para que pueda ser considerado, debe ser enviado con firma digital, respecto de la cual existe la presunción legal sobre la autoría y la autenticidad, salvo prueba en contrario (Ley. 25.506), a

---

<sup>20</sup> Idem 2- Página 614

<sup>21</sup> C. Civ. Y Com. Córdoba, 1º, 22/5/2015, “Pisanu, Juan Mauro v. Carteluz S.R.L.- Ordinario- Otros- Expte. 1642556/36”

diferencia de lo que sucede con la firma electrónica.<sup>22</sup> Así, la prueba documental informática tiene una especial afinidad con la prueba informativa, la prueba pericial, etc. En este sentido, el mencionado artículo 378 constituye una norma de gran utilidad, porque lejos de limitar los medios probatorios, establece una gran libertad para su formulación. Quedará entonces, en manos del letrado, la correcta formulación de la estrategia probatoria.

Luego, las nuevas posibilidades probatorias que brinde el progreso tecnológico siempre serán bienvenidas al seno del proceso, acudiendo cuando las reglas legales se muestren insuficientes- a la analogía para, de este modo, maximizar el aprovechamiento de las diversas fuentes que pueden irse presentando, pero siempre haciéndolas pasar por el tamiz de la sana crítica, la ponderación del juez y el contraste con lo que surja de las restantes constancias de la causa.

## **6. CONCLUSIÓN**

Las nuevas formas de comunicación e instrumentación de los acontecimientos han sido expresamente receptadas en el Código Civil y Comercial de la Nación, como acompañamiento adecuado a los avances tecnológicos que han provocado una modificación estructural y el consecuente cambio de paradigma, que tiene su proyección en los procesos judiciales

El análisis precedente nos permite –con certeza- afirmar que esta recepción y regulación otorga soluciones superadoras para la resolución de los conflictos vinculados con ellas. Sin perjuicio de ello, resulta imperioso que todos los operadores jurídicos (letrados, funcionarios, magistrados- así como otros actores del mundo jurídico –docentes, investigadores, asesores

---

<sup>22</sup> Se deriva de ello que no pueden admitirse los mails remitidos a personas distintas de las partes del proceso sin tal recaudo e impugnados por la demandada, al no haberse comprobado su autenticidad a través de la pericia informática; destacándose también que si el correo ha sido remitido con firma electrónica, el tribunal deberá ponderarlo en función de las reglas de la sana crítica racional, teniendo en cuenta si aquél ha sido reconocido o no por la parte contra quien se lo pretende hacer valer; en su caso, si se ha efectuado una pericia informática. Luego, y recapitulando, si la contraria al oferente desconoció los correos electrónicos que se le atribuyeron tanto en su autenticidad como en su contenido, y sobre ella no se ofreció ni produjo prueba subsidiaria, los correos carecerán de toda eficacia convictiva.

legislativos) asumamos el desafío de brindar respuestas claras a los conflictos que tienen lugar, cada vez con más frecuencia, por la utilización de estas nuevas tecnologías de la información, y de la comunicación; como asimismo tener una mirada amplia en cuanto al actual criterio imperante en materia de prueba de los documentos que no se encuentran instrumentados en un soporte tradicional, sino electrónico; resaltando como aspecto fundamental la expresa consideración de normas relativas a la incorporación del documento electrónico, como medio de prueba, otorgándole virtualidad y sólido sustento legal, que propicia su admisibilidad en las actuaciones judiciales.

Considero que a partir de esta novedosa recepción y regulación, resulta necesario propugnar el aprovechamiento de estas innovadoras herramientas reguladas el citado texto legal, armonizada con la nueva visión centrada en la protección de la persona, de su dignidad y sus derechos, y así lograr su tutela efectiva y una administración del servicio de justicia orientada a tal finalidad.<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Ídem 1.