

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 104 - 2022-I

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

# Derecho procesal, informática y nuevas tecnologías

.....  
**Oswaldo A. Gozáni**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**



**ABELEDOPERROT**



**Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 104 - 2022-I**

---

**Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires**

---

**Departamento de Publicaciones**

# **Derecho procesal, informática y nuevas tecnologías**

---

**Oswaldo A. Gozaíni**

Coordinador



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 47 - número 104 - 2022-I

---

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

---

Departamento de Publicaciones

# Derecho procesal, informática y nuevas tecnologías

---

**Oswaldo A. Gozaíni**

Coordinador



**ABELEDOPERROT**

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2022  
© de esta edición, Thomson Reuters, 2022  
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires  
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida  
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio  
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación  
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación  
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

All rights reserved

No part of this work may be reproduced  
or transmitted in any form or by any means,  
electronic or mechanical, including photocopying and recording  
or by any information storage or retrieval system,  
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

## **REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**

### **FACULTAD DE DERECHO, UBA**

*Director:*

Pedro Aberastury

*Subdirector:*

Pablo Luis Manili

*Secretaria de Redacción:*

Paula Suárez

#### **MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL**

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Carlos Mario Clerc (UBA)

Alberto Dalla Via (UBA)

Pablo Gallegos Fedriani (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Silvia Nonna (UBA)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

María Elsa Uzal (UBA)

Leandro Vergara (UBA)

#### **COMITÉ EVALUADOR EXTERNO**

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Jean Philippe Dérosier (Université de Lille, Francia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Carla Huerta (UNAM, México)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

#### **Colaboradores del Consejo Editorial**

Carlos Mariano Liszczyński y Meneca Djedjean

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES**

*Decano:* Alberto J. Bueres

*Vicedecano:* Marcelo Gebhardt

### **CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO**

#### **CLAUSTRO DE PROFESORES**

*Consejeros Titulares:* Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

*Consejeros Suplentes:* Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

#### **CLAUSTRO DE GRADUADOS**

*Consejeros Titulares:* Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

*Consejeros Suplentes:* Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

#### **CLAUSTRO DE ESTUDIANTES**

*Consejeros Titulares:* Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

*Consejeros Suplentes:* Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

#### **SECRETARIOS**

*Secretaria Académica:* Silvia C. Nonna

*Secretario de Administración:* Carlos A. Bedini

*Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil:* Oscar M. Zoppi

*Secretario de Investigación:* Daniel Pastor

*Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales:* Marcelo Haissiner

#### **SUBSECRETARIOS**

*Subsecretario Académico:* Lucas G. Bettendorff

*Subsecretario de Administración:* Rodrigo Masini

*Subsecretario de Investigación:* Emiliano J. Buis

*Subsecretario Técnico en Administración:* Daniel Díaz

*Subsecretaria de Planeamiento Educativo:* Noemí Goldsztern de Rempel

#### **DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES**

*Directora:* Mary Beloff

*Subdirector:* Luis R. J. Sáenz

*Secretario:* Jonathan M. Brodsky

**ÍNDICE**  
**REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES**  
**AÑO 47, NÚMERO 104, 2022-I, BUENOS AIRES**

**PRESENTACIÓN**

OSVALDO A. GOZAÍNI .....	3
--------------------------	---

**DOCTRINA**

NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ: El derecho material, la tecnología y la actividad probatoria.....	9
JOAN PICÓ I JUNOY: Retos del derecho probatorio ante las nuevas tecnologías .....	21
HUGO CAVERO RUIZ: El derecho procesal y la tecnología: abandonando la <i>inmediación inmediata</i> .....	37
GASTÓN E. BIELLI y CARLOS J. ORDOÑEZ: Actualidad sobre certificaciones notariales en materia de prueba electrónica .....	43
GABRIEL H. QUADRI: Tecnoactivismo probatorio: entre la búsqueda de la verdad y el resguardo de la defensa en juicio .....	59

**RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS**

OSVALDO A. GOZAÍNI: Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, Eduardo, <i>Tratado de Derecho Informático</i> , Buenos Aires, La Ley, 2012 .....	89
OSVALDOA. GOZAÍNI: Bielli, Gastón E. y Ordoñez, Carlos J., <i>Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales</i> , Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, 2020.....	93
Apéndice. Pautas para la presentación de originales .....	95



**INDEX**  
*REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES*  
**YEAR 47, NUMBER 104, 2022-I, BUENOS AIRES**

**PRESENTATION**

OSVALDO A. GOZAÍNI .....	3
--------------------------	---

**DOCTRINE**

NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ: Substantive law, technology, and production of evidence .....	9
JOAN PICÓ IJUNOY: Challenges of probative law in the face of new technologies....	21
HUGO CAVERO RUIZ: Procedural law and technology: abandoning the <i>immediate immediacy</i> .....	37
GASTÓN E. BIELLI and CARLOS J. ORDOÑEZ: Digital evidence and notarial acts ...	43
GABRIEL H. QUADRI: Evidentiary technoactivism: between the search for truth and the protection of the defense at trial.....	59

**BOOK REVIEWS**

OSVALDO A. GOZAÍNI: Altmark, Daniel R. y Molina Quiroga, Eduardo, <i>Tratado de Derecho Informático</i> , Buenos Aires, La Ley, 2012 .....	89
OSVALDO A. GOZAÍNI: Bielli, Gastón E. y Ordoñez, Carlos J., <i>Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales</i> , Buenos Aires, Thomson Reuters – La Ley, 2020.....	93
Guidelines for the submission of articles.....	95



# PRESENTACIÓN



## PRESENTACIÓN

1. El derecho procesal es un conjunto de reglas y principios destinados a dar cumplimiento a garantías judiciales de diverso registro. Con esta inteligencia, los procesos implementados son los siguientes:

a) Algunos de ellos guardan derechos fundamentales que se encuentren en la dimensión del acto lesivo constitucional (art. 43, CN), y para ellos están previstos los procesos constitucionales.

b) Están los que persiguen el cumplimiento de obligaciones o de imposición de responsabilidades que derivan en sentencias condenatorias de dar, hacer o no hacer, a cuyo fin y satisfacción están los procesos por audiencias.

c) Cuando se trata de perseguir el cumplimiento de una obligación previamente documentada, que, bajo la forma de título ejecutivo, anticipa un derecho cierto, líquido y exigible, están los juicios ejecutivos.

d) Después, hay una serie de procedimientos especiales, por lo general, acordando un trámite disciplinado por alguna ley especial (v.gr., prenda con registro; ejecución hipotecaria; transmisión de bienes por sucesión *ab intestato* o testamentaria, etc.).

Cada uno de ellos encuentra regulaciones que no han cambiado sus estructuras, para continuar siendo un enjambre de solemnidades admitidas en el siglo XIX consolidadas en las codificaciones del siglo XX y puestas en el formol de este siglo XXI. Notificaciones que siguen los pasos de los días y horas hábiles; ferias judiciales; firma atestada postergando la electrónica, etcétera.

2. El desacierto del Código se vuelve evidente, por ejemplo, si se pretende aplicar la doctrina de los juicios ejecutivos cambiarios, con títulos esencialmente abstractos, a otros títulos causados y de naturaleza civil, el precepto induce a confusión al referirse, en algunos incisos, a la *forma* del documento en que consta el título (así, instrumento público, privado) y en otros al título mismo (letra de cambio, crédito por alquileres). El instrumento es portador del título, pero, para aparejar ejecución, necesariamente deberá contener los presupuestos legales que atañen a su existencia (obligación dineraria líquida y exigible). Por ejemplo, el pagaré mercantil es título ejecutivo, mientras sea exigible y, en cambio, cuando está pendiente de vencimiento, no lo es; solo un abuso de lenguaje permite atribuir carácter de título al instrumento carente de exigibilidad.

Es evidente que, en todas sus líneas, el proceso judicial se concibe con la ideología del derecho romano, donde se trabaja como un fenómeno de ra-

zonamiento en busca de la certeza y, de ser posible, de investigación de la verdad. Desde esta perspectiva, el primer problema que suele presentar el derecho informatizado aparece con la desaparición del razonamiento, argumento primero dispuesto por quienes discuten la existencia de un derecho procesal informático.

3. Por mucho tiempo, dar a cada uno lo suyo ha sido la prédica principal de quienes buscan en la figura de los jueces la respuesta a sus conflictos. La idealización de la figura del juez llevó a serios problemas cuando en ellos no se lograron los equilibrios con la razón (la Revolución francesa y el consabido sistema de desconfianza en los jueces).

Desde el derecho intermedio, la figura de Savigny consagró el procedimiento como un sistema de reglas. Una lucha entre partes, con un juez neutral que solo debía decidir al final de la contienda. Lo anterior, al ser reglado, podría volverse previsible, de manera que ciertas actuaciones podrían quedar resueltas con soluciones jurídicas mediante la aplicación de reglas y principios.

En estos términos, si se trata de un sistema de reglas y órdenes concatenadas y coherentes para lograr un fin, entonces operan con una lógica muy similar a los algoritmos. Es decir, “instrucciones a seguir basadas en reglas para lograr un objetivo. Aquí es donde surge el punto de conexión entre la inteligencia artificial y el derecho procesal: diseñar y entrenar a los algoritmos para que aprendan y ejecuten las reglas procesales, en la medida en que se den diversas condiciones vinculadas a los datos y al ecosistema digital que se presente en determinado proceso” (definición de Juan Corvalán).

4. La inteligencia artificial, entonces, es un estudio en experiencia, que podría ser una herramienta para el trámite y, algunas veces, para las resoluciones mecánicas. En lo primero, porque si una regla consiste en dar a conocer a la contraparte cualquier petición de la contraria, sería suficiente coordinar la secuela informática para que ello sea previsible y mecánico. Esto sucedería en múltiples aspectos más, como presentar escritos de mero trámite; practicar liquidaciones que podrían corregirse de oficio; contar los plazos y términos como un control automático, etcétera.

Es una idea avanzada, con cierta especulación hacia el lenguaje de aprehensión. Quiere decir que podría ser un retorno o un vuelco del juez intérprete que razona cada acto que ejecuta, al juez boca de la ley o de la Constitución, que ahora por imperio de la informática, devenida en inteligencia artificial, resuelve dejar en un servidor los destinos de las resoluciones judiciales.

5. ¿Es ello posible sin resentir los principios y las garantías procesales? Por ejemplo, si trabajáramos con los cuatro principios clásicos del proceso (dispositivo, congruencia, carga de la prueba y cosa juzgada), ¿puede el juez trabajar con ellos desde una especulación tecnológica?

Si todo proceso se inicia a petición de parte y esta debe probar el derecho que le asiste para acceder al derecho de tener una sentencia favorable, sería fácil disponer el traslado o el rechazo *in limine* de acuerdo con ciertos

presupuestos que se podrían exigir para acreditar la legitimación para obrar, la idoneidad (admisión y pertinencia) del objeto procesal y la certeza del derecho que podría quedar afincado en los estándares de la ley positiva y de imposible interpretación.

Lo previsible en el derecho está muy lejos de concretarse. Es verdad que países que tienen la cultura del precedente vinculante poseen cierta seguridad jurídica y un panorama que se puede avizorar con cierta repetición de resultados; pero el problema está en que los derechos no siempre resuelven situaciones espejadas. Ya en el derecho americano es común diferenciar entre casos fáciles y difíciles. Con ello queremos insinuar la verdad afirmada por Hart al enunciar las infinitas zonas de penumbra del lenguaje jurídico, en un tiempo en que se impone hablar claro, que los procesos sean sencillos y la capacidad de comprensión resulte un destino necesario para que la justicia se entienda y sea confiable.

6. No es este un discurso contrario a la justicia informática. Solo que entendemos que ella debe ser de gestión y no de interpretación. Veamos esto con un ejemplo: la Convención Internacional de los Derechos del Niño es muy clara al establecer el derecho de los menores a ser oídos, a ser protagonistas en los asuntos donde se afecten sus intereses y a que, una vez oídos por el juez, lo que hayan dicho pueda influir al manifestarse este en la decisión final a tomar.

Pues este derecho conspira con todos los principios procesales: el menor no tiene capacidad procesal (pero hay que oírlo, obviamente); el menor no es parte, porque eso significaría obligarlo a litigar por sus derechos y a asumir las cargas y deberes del proceso (v.gr., costas y honorarios). Sin embargo, debe ser protagonista en la defensa de sus derechos; y si lo que dice puede influir en la decisión judicial, es probable que de hacerlo se afecte la pretensión del actor (principio dispositivo), el principio de congruencia quedaría alterado y la extensión de la cosa juzgada tendría un resultado para quien no es parte en sentido procesal. ¿Puede implementarse un algoritmo para que pueda separar cada uno de estos aspectos? Quizá sí, pero por ahora quiero y confío en jueces que razonen por sí, aunque se equivoquen, porque es este el sentido de que tengamos jueces, y no máquinas.

Esta es una parte de la importancia que tiene estudiar las bases del derecho procesal informático. Este es el objeto que tiene esta revista y el que portan los trabajos presentados.

OSVALDO A. GOZAÍNI \*

\* Profesor titular ordinario. Director del Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho - UBA.



## DOCTRINA



## EL DERECHO MATERIAL, LA TECNOLOGÍA Y LA ACTIVIDAD PROBATORIA

Por NELSON RAMÍREZ JIMÉNEZ \*

### **Resumen:**

*La actividad probatoria y, en especial, la valoración que tiene en los resultados del proceso, se explica por el autor a partir de sostener que continúan aplicando estándares y principios que dejan de lado los avances científicos y tecnológicos.*

### **Palabras clave:**

*Derecho procesal, tecnología, principios de la prueba, derecho procesal informático, juicio telemático.*

## SUBSTANTIVE LAW, TECHNOLOGY AND PRODUCTION OF EVIDENCE

### **Abstract:**

*In this paper the author explains the problem of assessing the evidentiary activity carried out by the judge with the traditional standards and principles without considering the advances in technology.*

### **Keywords:**

*Procedural law, technology, principles of evidence, computer procedural law, telematic judgment.*

\* Nacido en Perú, graduado de abogado y Magister en Derecho Civil. Diplomado en derecho constitucional y experto en arbitrajes y derecho procesal, ciencia donde ha participado en la redacción de los códigos procesales en lo civil y comercial, y en derecho procesal constitucional de su país. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal Constitucional (UNLZ-Argentina) y de la carrera de especialización en Derecho Procesal Civil (UBA-Argentina).

## INTRODUCCIÓN

La actividad probatoria es, qué duda cabe, pieza clave en el desarrollo de un debido proceso. Las constituciones la comprenden como parte esencial de él, en la medida que se garantiza el derecho a ser oído, a la contradicción y a la valoración de toda la prueba legítimamente incorporada al proceso. Es así que poco importa quién haya postulado la prueba, pues, por el principio de adquisición, el juez debe evaluar la prueba en su conjunto, como medio idóneo para llegar a la verdad.

El problema central de esta actividad lo constituye la valoración, propiamente dicha, de la prueba. La libre valoración por el juez exige un análisis holístico, conclusiones impregnadas por el sentido común, y la expresión de esas razones, que expliquen por qué ciertas pruebas le generan más convicción que otras. Por ejemplo, por qué determinado testigo es más creíble que otro, o por qué considera convincentes las conclusiones de una pericia científica, aun cuando haya sido cuestionada por la parte y pese a que el juez no tiene conocimiento de esa ciencia; al hacerlas suyas de manera indubitada, se le exige una explicación. El terreno es movedizo y hace que la verdad declarada por el juez no siempre coincida con lo sucedido en la realidad.

Mucho se ha escrito y debatido al respecto. La verdad es una sola y como se sostiene desde la filosofía, “[l]o que es cierto no puede dejar de serlo, y lo que no es cierto, no es posible que sea”. Llegar a la verdad es un camino difícil, lo que hace que muchas veces se acceda a ella a través de meras intuiciones.

El proceso actual ha insistido en el tema de la inmediación como parte de un debido proceso, con especial importancia para los efectos de valorar la prueba. Craso error, en mi concepto, pues una cosa es la presencia del juez como valioso instrumento para la actuación de la prueba y otra, muy distinta, es que sirva de criterio de valoración. La vieja idea de que el juez al mirar a los ojos al testigo, al apreciar que su voz se quiebra, que su nerviosismo es manifiesto, ya está en condiciones de descubrir la verdad, no debe subsistir, pues no son elementos de juicio serios para llegar a conclusiones sobre la verdad o falsedad de esa declaración. Es muy probable que un buen actor lo engañe, así como también es muy probable que una persona muy nerviosa le cause una falsa impresión.

Lo mismo sucede en cuanto a las pruebas por expertos, pues el juez debe tener instrumentos a su alcance que le permitan apreciar con suficiencia, la pericia aportada y la suficiencia de sus conclusiones. Protocolos le pueden servir a ese fin, pero no su mera intuición. Es de advertir, además, que las pericias son base determinante para la convicción del juez y, entre ellas, existen las científicas propiamente dichas y las no científicas. Las pericias psicológicas en temas de familia son muy utilizadas y hemos podido observar la baja calidad y el subjetivismo de ellas, en especial, las que versan sobre violencia psicológica. Cada cual debe tener una manera distinta de ser abordada, y el juez debe ser apoyado en esa tarea.

Sea como fuere, no podemos seguir trabajando sobre bases tan endeblas. La verdad de lo acontecido, es decir, de hechos que ya no existen al momento del proceso, amerita ser buscada con mucha prolijidad. El estándar de prueba está al servicio de esta idea, pero es insuficiente.

En esta ponencia pretendo llamar la atención sobre la configuración sustancial de ciertos derechos, regulados de una manera que responde a la historia y no a la realidad actual, y que tiene gran incidencia en la actividad probatoria. Regulaciones que, por lo general, se han estatuido en épocas anteriores a la revolución de las TICs.

## 1. NECESIDAD DE CAMBIOS Y REFORMAS

Los procesos de conocimiento regulan la actividad probatoria según la naturaleza de los hechos en discusión, acotándolos a las características de los diferentes tipos de derecho material que se discute en ellos. No es lo mismo un contradictorio en el que se discute un desalojo por falta de pago de la renta, que un otorgamiento de escritura pública de un contrato de compraventa, o una indemnización por daños, por ejemplo. Eso explica que los códigos suelen limitar la actividad probatoria en cuanto al tiempo, o en cuanto al tipo de prueba que es posible postular, según sea el caso.

La prueba testimonial suele ser una de las preteridas en esas limitaciones, por su especial propensión vinculada a la falsedad de la declaración y a la dificultad de apreciar su confiabilidad. Esta prueba está tan desacreditada entre nosotros, los latinoamericanos, que podríamos decir que carece de real valor. En el Perú, algunos cambios se están intentando para hacerla más eficaz, entre ellos, se exige que la declaración se haga de manera previa y por escrito; luego, se llama al testigo para someterlo, en audiencia, a un examen cruzado. La idea es evitar que el testigo profesional enturbie la búsqueda de la verdad. No es suficiente, por supuesto.

La pregunta que se impone ante este estado de cosas es: ¿es necesario recurrir a la declaración de un testigo en el proceso civil? En el caso penal, donde se investigan delitos (no actos jurídicos), basados en actividades humanas desarrolladas, muchas veces con ánimo de clandestinidad, la presencia de un testigo suele ser la prueba única que puede hacer que la justicia logre su objetivo. Sin embargo, suponer que dicha prueba tiene la misma necesidad en el proceso civil dependerá de cómo el legislador del derecho material ha configurado sus instituciones.

En efecto, hay controversias de diferentes tipos en la actividad procesal civil, algunas de las cuales giran en torno a hechos con consecuencias jurídicas. Pensemos en daños por accidente de tránsito, o en la filiación extramatrimonial, en los que es necesario acreditar los hechos antecedentes para conseguir la protección jurídica prevista. En el caso de la filiación, con la aparición de la prueba del ADN, ya es innecesaria actividad probatoria distinta a esa experticia,

pero antes de ella, esos procesos tenían en las testimoniales el sustento más socorrido.

Ahora bien, cuando la discusión gira en torno a actos jurídicos y no a hechos, corresponde adoptar un enfoque distinto. Siendo que celebrar actos jurídicos supone actos de conciencia e inteligencia, preordenados, nada obsta para que el legislador imponga determinadas exigencias para su acreditación y, de ser el caso, para su celebración. A eso apunta mi análisis, a exigir que el legislador cambie la tradicional forma de regulación, atendiendo a los cambios que nos viene imponiendo la tecnología.

## 2. REGULACIÓN SUSTANTIVA DE ALGUNOS ACTOS JURÍDICOS

En temas muy conflictivos, como es el de incumplimiento de los contratos, suele encontrarse en la legislación civil vigente clasificaciones que hoy nos parecen obsoletas.

Revisando el Código Civil colombiano, al igual que sucede en el peruano, existe la regulación de los llamados contratos verbales, lo que constituye, a mi modo de ver, una obsolescencia. Ese tipo de contratos responde a una realidad decimonónica, que era correspondiente con la alta tasa de analfabetismo de esa época. No había forma de exigir la forma escrita en medio de una sociedad en la que pocos tenían el privilegio de saber escribir. En la otra vereda, sociológica, era valor aceptado que la palabra, en ese entonces, valía más que la escritura pública de hoy. En esas circunstancias, regular un tipo contractual oral era congruente con el estado de cosas que se vivían.

Ahora bien, esa actitud del legislador no se mantuvo de manera coherente al regular los diferentes tipos de actos jurídicos. En casos como la donación, por ejemplo, se exigía que constara por escrito o en escritura pública, formas llamadas solemnes, que nos demuestran que la opción respondía más a criterios académicos que sociológicos. Era necesario mantener la clasificación dogmática de contratos solemnes, no solemnes, escritos, orales, bilaterales, unilaterales, antes que mirar a la necesidad social de su vigencia. Eso se ha mantenido hasta el día de hoy.

Por otro lado, el concepto de documento estaba constreñido a la forma escrita y, por tanto, la prueba documental hacía referencia a ella. Hoy sabemos que “documento” tiene un entendimiento mucho más amplio.

Por todo ello, cabe preguntarse si hoy es inevitable mantener esta vieja clasificación de los actos jurídicos, especialmente de naturaleza patrimonial, pues ya no responde a la realidad tecnológica. Creo que la respuesta es negativa y daré algunos alcances más adelante. Antes, es importante insistir en el papel de la tecnología.

### 3. EL PAPEL DE LA TECNOLOGÍA

La importancia de la tecnología en la actividad cotidiana y, por ende, en la actividad de los negocios y en el proceso judicial, ha quedado claramente demostrada. Es evidente el beneficio sobre aspectos vinculados a la celeridad y certeza que tales cambios generan. En lo que toca a las relaciones personales, hoy los ciudadanos cuentan con un instrumento de enorme impacto en las relaciones sociales, por ejemplo, el teléfono inteligente. No hay nada que escape a su uso, pues cuenta con audio, video y cámara fotográfica. Su uso masivo ha originado una nueva forma de relaciones jurídicas, por ejemplo, los *smart contracts*, que permiten celebrar contratos vía internet en tiempo real. En lo que atañe a la actividad procesal, hoy tenemos la notificación electrónica, la grabación de audio y video para las actuaciones judiciales, y se viene implementando en muchos países el proceso tramitado mediante expediente electrónico.

Todo el soporte digital de tales hechos es de un valor innegable. Sin embargo, conceptualmente existe discusión sobre la naturaleza documental de tales comunicaciones digitales. Se habla del documento electrónico, entendiéndose como tal toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes. Miguel Ángel Davara <sup>1</sup> sostiene que “[l]a diferencia entre un documento escrito y un documento electrónico, son en principio evidentes, lo que nos puede llevar a negar el carácter de documento de los segundos. Así, existe un gran número de autores que mantiene que los registros informáticos no son documentos ya que no están en un soporte de papel, no llevan firma y no existe diferencia en un registro informático entre copia y original. En tanto que otro grupo considera que los registros informáticos son una forma de escribir, encontrando más similitudes que diferencias y no considerando estas diferencias de carácter sustancial”.

Julio Núñez <sup>2</sup>, por su parte define, el documento electrónico o documento informático como un objeto para acreditar hechos que utilizan medios tecnológicos que en última instancia se basan en bits o impulsos electromagnéticos, y que su representación al usuario puede ser en forma gráfica, visual, auditiva o ser transmitidos vía telemática, de acuerdo con las características de la forma de uso informático y de la respectiva configuración.

Es claro que, si consideramos que el documento electrónico tiene un contenido derivado de la manifestación de voluntad, utiliza un lenguaje convencional, tiene un soporte y está destinado a durar en el tiempo, no hay duda de que estamos frente a un documento en el sentido jurídico y procesal, pues prueba un hecho con consecuencias jurídicas. Como bien lo expresa Mónica Vilorio <sup>3</sup>, “[r]egistrar

<sup>1</sup> Cfr. Carrascosa López, Pozo Arranz y Rodríguez de Castro, La contratación informática. El nuevo horizonte contractual. Los contratos electrónicos e informáticos, Comares, Granada, 1997, p. 56.

<sup>2</sup> Núñez Ponce Julio, Derecho Informático, Marsol Perú Editores, Lima, 1998, p. 138

<sup>3</sup> Vilorio Mónica, "Comercio Electrónico. Las fronteras de la Ley. Venezuela". Cámara de Comercio Electrónico, 1999, p. 101.

datos en una memoria magnética significa escribir, de allí que podamos afirmar que el documento electrónico puede contener información escrita, pero, a diferencia de la escritura tradicional, el mensaje en él contenido no puede ser leído por el hombre sin el auxilio del computador, que fungiría de decodificador. A este respecto, vale citar a Borrusso quien expresa que es necesario convencerse de que se puede escribir también registrando datos en una memoria magnética: el flujo de los electrones es la nueva tinta de la cual es posible servirse; las memorias eléctricas o electrónicas son el nuevo papel, los bits son el nuevo alfabeto”.

Legislativamente este enfoque no está desencaminado. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, en su art. 9 propone lo siguiente: “Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. 1) En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos: a) por la sola razón de que se trata de un mensaje de datos; o b) por razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta. 2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente”.

A la luz de estos antecedentes, cabe afirmar que el documento electrónico es una prueba válida, no pudiendo ser rechazada por juez alguno al interior de un proceso. Como dijimos antes, existe una gama de procesos en los que el legislador, atendiendo a la naturaleza del conflicto, o a los presupuestos que permiten la iniciación del procedimiento, ha impuesto restricciones al material probatorio que puede ser postulado, es decir, que no pueden ser utilizados todos los medios probatorios típicos o atípicos permitidos por el Código Procesal, llámese inspección judicial, pericia, testigos, declaración de parte, etc.

Así tenemos que, en el caso de los llamados procedimientos constitucionales, solo es admisible la prueba documental por ser de actuación inmediata. Otro tanto sucede con los procesos ejecutivos, en los que no se admite la prueba testifical ni la inspección judicial o en el desalojo por falta de pago o vencimiento del plazo, en el que solo se admite el documento, la declaración de parte y la pericia en su caso. El legislador entiende, en estos supuestos, que no es necesaria la actuación de medios probatorios distintos a los enunciados, en el entendido de que son inconsecuentes a la naturaleza del conflicto o, en el peor de los casos, porque son inútiles. Admitirlos sería un homenaje al absurdo y alentaría la mala fe procesal.

Así las cosas, es posible asumir una posición legal que restrinja esa misma actividad probatoria en los procesos que se deriven de la contratación electró-

nica, toda vez que, dada su especial característica, no apreciamos la utilidad o el argumento de prueba que pueda aportar, por ejemplo, una testimonial. Esta restricción facilitará la actividad procesal, convirtiendo los procesos en que se discutan este tipo de conflictos en propiamente documentarios, de apreciación objetiva por parte del juez.

Esta constatación, ciertamente no rigurosa desde el punto de vista científico, pero basada en las reglas de la experiencia, nos permite aseverar que limitando la actuación probatoria a los documentos (concepto que abarca tanto al documento propiamente dicho como a los videos, fotografías, telemática, etc.) se lograría que los argumentos de prueba fluyan de manera directa de los medios probatorios más apropiados a ese fin, a la vez que se evita que se trate de manera tradicionalmente compleja, desde el punto de vista procesal, una problemática basada en la tecnología. Por supuesto que esta idea debe ser complementada con otras decisiones referidas a la creación de procesos especiales mucho más expeditivos.

Mónica Viloría <sup>4</sup> señala que “[l]a prueba instrumental tiene amplio valor probatorio porque en ella aparece expresada con exactitud la voluntad del otorgante y la materialización escrita de la idea que impide que el tiempo desdibuje en la memoria su contenido y contexto [...] a este respecto, vale destacar que, en los Estados Unidos de América, las Normas Generales de Derecho Probatorio, legislación federal que intenta armonizar los principios probatorios y que ha sido adoptada por la mayoría de los Estados, estipula que los registros electrónicos o cualquier otra información telemática constituyen verdaderos ‘escritos’ y que un documento impreso que es una reproducción fiel de la información electrónica constituye un original. De acuerdo con estas normas, se puede aceptar como prueba una versión impresa de la información electrónica, como, por ejemplo, la impresión de una página Web o de un correo electrónico”. Más adelante, y respecto de la firma electrónica agrega que “... aunque parezca inverosímil, existe una mayor seguridad jurídica alrededor de la firma electrónica [...] que con respecto a la firma autógrafa, pues al estar creada la primera bajo estrictas medidas de seguridad, es mucho más confiable que la segunda, que cualquiera puede falsificar. En tal virtud, el documento electrónico firmado digital o electrónicamente, debería ser suficiente para llevar al juez o al árbitro, el convencimiento pleno de autenticidad de su contenido y de la autoría del mismo”.

Por lo expuesto, las leyes que se dicten en el futuro sobre la materia, deben ir tomando posiciones al respecto, de tal manera que los jueces, basados en el principio de legalidad ya conocido, obtengan el argumento de prueba que fluya de estos modernos documentos, y sustente su decisión jurisdiccional en ellos, sin ninguna duda, obviando la actuación de prueba innecesaria o inútil frente a la verosimilitud de un documento emitido electrónicamente.

<sup>4</sup> Viloría Mónica, ob. cit., p. 106.

#### 4. ¿DEBEN SUSTITUIRSE LAS CATEGORÍAS DE ACTOS JURÍDICOS SOLEMNES, *AD PROBATIONEM*, VERBALES?

El Código Civil peruano, en los arts. 143 y 144, concordantes con el art. 140, inc. 4º, del mismo Código, regula la “Forma de los actos jurídicos”. Al respecto, Fernando Vidal Ramírez <sup>5</sup> sostiene que, “[p]or la manera como está tratada la forma y por la indicación reiterada en cuanto a la forma a través del articulado del Código, puede considerarse que el criterio adoptado es el del formalismo moderno o neoformalismo, que tiene su razón de ser en los inconvenientes de la consensualidad, entendida esta como la declaración de voluntad despojada de todo formalismo. Colin y Capitant explican el neoformalismo en los siguientes fundamentos, que bien pueden sustentar el criterio informante del Código: a) en la importancia de ciertos actos jurídicos que justifica la imposición de una norma solemne; b) en la publicidad que debe darse a ciertos actos jurídicos; y, c) en la precisión requerida en ciertos jurídicos, los que por ella deben contar con una declaración de voluntad escrita. Por estos fundamentos, el Código va de la forma prescrita o impuesta, al principio de libertad para la adopción de la forma”.

De dicha explicación fluye entonces que el legislador adopta la tesis de libertad de forma e impone la formalidad solo por excepción. Esta tendencia se encuentra claramente expresada en el art. 143, que precisa que “[c]uando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”, lo que no quiere decir que los actos o negocios jurídicos pueden carecer de forma alguna, sino que la referencia es a la formalidad excesiva, por ejemplo, el otorgar escritura pública para actos de menor importancia jurídica o económica.

Ciertamente, la formalidad no puede dejar de existir en todos los casos. A. Gullón y Ballesteros <sup>6</sup> sostiene que ellas contribuyen a los siguientes propósitos:

1) Evitar que las partes actúen y se obliguen impremeditadamente, por lo que se constituye en protección contra la precipitación de los declarantes y garantiza madurez en la decisión.

2) Facilitan la interpretación y ejecución del negocio, al existir una manifestación sensible de la voluntad y de su contenido completo.

3) Reducen las dificultades probatorias disminuyendo los litigios.

4) El negocio adquiere visibilidad frente a terceros, por lo que a favor de ellos cumple una función de publicidad y de seguridad.

5) Por último, en cierto tipo de negocios, la formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el derecho en un documento que permita su circulación.

<sup>5</sup> Vidal Ramírez, Fernando, *Exposición de Motivos y Comentarios del Código Civil*, Lima, Tercera Edición, Setiembre 1998, ps. 280 y ss.

<sup>6</sup> Citado por Lohmann Luca de Tena, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 1994, p. 133.

El Código establece dos tipos de formalidades. Las llamadas solemnes o *ad solemnitatem*, que inciden en la validez del negocio jurídico celebrado, de tal manera que, si las voluntades no están insertas en un documento que cumpla con las formalidades previstas en la ley bajo sanción de nulidad, el acto es nulo. Contenido y continente hacen una unidad indisoluble. Un ejemplo es la donación de un bien inmueble, la que debe hacerse obligadamente por escritura pública, de tal manera que, si el donante y el donatario se ponen de acuerdo en documento privado con firma legalizada, dicho acuerdo es nulo.

En cambio, las formalidades no solemnes o *ad probationem* tienen por principal objetivo, como su nombre lo indica, probar lo que ya existe, es decir, que las declaraciones de voluntad que generan el negocio jurídico tienen validez, cualquiera sea la formalidad que los interesados hayan utilizado, sirviendo probatoriamente como prueba el documento antes que una mera declaración de parte o de testigos. “Verba volant, scripta manent” Las palabras vuelan, lo escrito permanece.

La inquietud que quiero expresar en este acápite reside en la reflexión que se hace necesaria desde la perspectiva de los negocios por vía electrónica, donde el documento es el soporte informático. Si evaluamos los propósitos de la formalidad antes referidos, esta modalidad cubre suficientemente los glosados en los acápites 1, 2 y 3 anteriores. Respecto del acápite 5, no aplica, por estar pensado para la emisión de títulos valores. Restaría el propósito 4, referido a que el negocio adquiere visibilidad frente a terceros, cumpliendo a favor de ellos una función de publicidad y de seguridad; este propósito no se cumple por la sencilla razón de que la comunicación electrónica tiene el carácter de privada, justamente para mantener inalterable su contenido, y por consiguiente, es clandestino para cualquier tercero ajenos al emitente y al destinatario. No hay pues publicidad, pero sí seguridad, en la medida que los terceros afectados pueden exigir la comprobación de las declaraciones emitidas electrónicamente, por ser constatables y tener fecha cierta.

En lo personal, estimo que esta distinción es *innecesaria e inútil* para estos fines y, antes bien, genera problemas; no los evita.

Veamos por qué:

1) Porque es una práctica extendida entre los usuarios de internet el almacenamiento de datos en un disco óptico, que permite obtener copias que sirven de pruebas fehacientes de la autenticidad del mensaje electrónico, y que, por su propia naturaleza, una vez almacenado no puede ser alterado.

2) A ello se agrega la certeza que deriva del uso de la firma digital. Estimamos que los certificados de firma digital, con sus respectivas firmas pública y privada, deben ser otorgados por entidades que gozan de la fe pública notarial. La American Bar Association señala la importancia de la participación del notariado, indicando al respecto que, “[c]omo un oficial de seguridad en el comercio electrónico que combina experiencia técnica y legal, el cibernotario tendrá competencia para intervenir en transacciones dentro de una escala muy

amplia, que requerirá distintos tipos de seguridad según la clase de transacción de que se trate. Por ejemplo, la práctica del cibernotario en el marco de una infraestructura de clave pública comprenderá intervenciones que irán desde la verificación de los datos de una persona a efectos de la registración de una clave pública y obtención de un certificado, a la certificación de la identidad y capacidad de una persona con el objeto de realizar una transacción, y a la autenticación de que una transacción cumple los requisitos legales y formales. [...] Para certificaciones de alto valor, el cibernotario puede ser requerido para realizar una exhaustiva investigación sobre el usuario, incluyendo su historia crediticia, criminal, etc., antes de que la clave pública sea emitida y certificada. En este sentido el cibernotario funciona como una compuerta de seguridad para los usuarios de la autopista del comercio electrónico”.

Es claro que la intervención notarial otorga una cuota de seguridad muy propia a su naturaleza e idoneidad, haciendo que el comercio electrónico supere, con creces, la seguridad del tráfico convencional. Pese a ello, el distingo entre contratos solemnes y no solemnes sigue siendo un lastre. En efecto, si bien la contratación electrónica cuenta con certificación notarial, ello no convierte al contrato así celebrado en contrato solemne en la medida en que no esté contenido en una escritura pública, por ejemplo. Se trata de un contrato *ad probationem* y nada más. No olvidemos que el contrato solemne exige que las manifestaciones de voluntad (contenido) estén insertas en un documento privado o en una escritura pública (continente), ambos escritos y firmados, características que son incompatibles con el contrato electrónico cuyo soporte es magnético y cuya firma es digital.

El tema no deja de ser importante en la medida que, si no se cumple con dichos requisitos, el contrato es *nulo* de pleno derecho, sin efecto alguno. Reconociendo que la forma solemne es, en algunos casos, necesaria e inevitable, considero que se pueden conjugar el interés de la ley y el interés de los contratantes, haciendo que la forma especial se cumpla, pero sin el carácter de solemne. Me explico.

Las partes pueden celebrar contratos electrónicos utilizando los cauces convencionales a este efecto, es decir, la firma digital, la clave pública y la clave privada, y la respuesta de recepción conforme. En ese momento el contrato se habría celebrado válidamente. Si, por su especial naturaleza la ley requiere que se celebre en una determinada forma solemne, bastaría se complemente esa forma a continuación, pero el contrato ya existiría. Es decir, la forma solemne será un requisito externo al acto ya celebrado y solo sería exigible para su ejecución, pero no para su celebración, tiempos distintos con efectos distintos. Lo importante es que se habría facilitado la celebración del contrato.

Esta posibilidad juega bien con una mirada futurista de la actividad notarial. Mauricio Devoto <sup>7</sup> señala que en un futuro no muy lejano el notariado la-

<sup>7</sup> Devoto, Mauricio; "Documento electrónico. Contratación electrónica"; Revista Notarial del Colegio de Escribanos de Córdoba, 1999-2, 78.

tino contará con redes que permitirían a los notarios intercambiar información entre sí y con los registros públicos, para luego continuar con la comunicación con particulares y participar en la contratación entre particulares, de forma tal de brindar en el mundo digital la misma garantía de seguridad jurídica que en la actualidad brinda en el mundo papel”.

3) Esta propuesta de cambio en la clasificación de los contratos, en solemnes y no solemnes, para la aplicación, en lo que corresponda, a los contratos celebrados electrónicamente, ya ha sido objeto de preocupación en los trabajos legislativos. En efecto, la ley 27.291 en su art. 2º, incorpora una importante adición en la materia [es el nuevo art. 141 a) del Cód. Civil]. El artículo incorporado forma parte del Libro del Acto Jurídico, es decir, no se limita a los contratos (género vs. especie), comprendiendo a todo acto, sea unilateral o plurilateral, *inter vivos* o *mortis causa*, puro o condicional, patrimonial o no patrimonial. Dicho artículo señala: “En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo. Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta”.

Este segundo párrafo es el que impide concluir que la ley ha derogado estas formas solemnes, pues se limita a señalar que se debe dejar constancia del medio empleado, pero no le da efectos jurídicos en la forma que proponemos. Por consiguiente, es claro que el legislador se ha mantenido dentro de la tradición al tratar este aspecto de la contratación electrónica; sin embargo, interesa resaltar que ha tomado debida nota de los problemas que se originan desde esta perspectiva de la formalidad.

Insistimos. Creemos que al existir toda la seguridad derivada de la certificación y firma digital, el contrato que se celebre con base en la confianza generada por esos instrumentos, cumple con los fines más importantes que la contratación solemne pretende (evitar la falta de reflexión en los celebrantes, dejar huella del sentido de lo manifestado, facilitar la interpretación de la voluntad declarada y permitir que los litigios se resuelvan sobre la base de pruebas objetivas), y, por tanto, no tiene ninguna razón el legislador cuando mantiene la exigencia de la solemnidad, llevada, en algunos casos, a niveles por demás exagerados, como cuando pretende Escritura pública para darle valor a ciertos tipos contractuales, formalidad onerosa y de difícil concertación.

## CONCLUSIONES

Las formas tradicionales de celebración de los actos jurídicos deben ser revisadas, en aras de facilitar la actividad probatoria. Por las mismas razones, no hay ninguna necesidad de seguir manteniendo la existencia de los llamados contratos verbales. Hoy en día, todo es documentable desde la perspectiva de

la tecnología. Las discusiones que generan la celebración y el incumplimiento de los contratos verbales son de difícil probanza y cargan la actividad de los juzgados innecesariamente. Deben desaparecer ya, como desaparecieron otras figuras clásicas.

RETOS DEL DERECHO PROBATORIO ANTE  
LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS \*

Por JOAN PICÓ I JUNOY \*\*

**Resumen:**

*Este estudio analiza el impacto de las nuevas tecnologías en el derecho probatorio, así como las aportaciones de la neurociencia en este ámbito jurídico.*

**Palabras clave:**

*Derecho probatorio, nuevas tecnologías, neurociencia.*

CHALLENGES OF PROBATIVE LAW IN THE FACE  
OF NEW TECHNOLOGIES

**Abstract:**

*This study analyzes the impact of new technologies on evidence law, as well as the contributions of neuroscience in this legal field.*

**Keywords:**

*Evidence law, new technologies, neuroscience.*

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto I+D+i “Nuevos retos tecnológicos del derecho probatorio” (PID2020-115304GB-C21) del Plan Estatal de Investigación Científica del Ministerio de Ciencia e Innovación; y del Grupo de Investigación Reconocido, Consolidado y Financiado “Evidence Law” (2017 SGR 1205) de la AGAUR, ambos liderados por Joan Picó i Junoy.

\*\* Director del Departamento de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona) y Catedrático de Derecho Procesal.

## INTRODUCCIÓN

Las nuevas tecnologías están presentes en todos los actos de nuestra vida cotidiana. Estamos en plena Cuarta Revolución Industrial, y el derecho probatorio no es ajeno a esta realidad social.

Estas nuevas tecnologías pueden incidir en el derecho probatorio de dos formas distintas: a) como mecanismos de reproducción de la realidad susceptibles de formar la convicción judicial, esto es, como nuevas fuentes probatorias; y b) como instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

### 1. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO FUENTES DE PRUEBA. PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y SOLUCIONES

La Cuarta Revolución Industrial en la que nos encontramos se caracteriza por el uso masivo de las nuevas tecnologías y su intervención en casi todos los actos del hombre. Todo ello constituye una inmensa fuente de elementos probatorios que pueden utilizarse en un proceso judicial. Estas nuevas fuentes de prueba se hallan especialmente en cuatro ámbitos de la sociedad:

a) En la forma de relacionarse las personas, mediante el uso continuo de las redes sociales como Facebook (con más de 2.200 millones de usuarios), YouTube (con 1.900 millones de usuarios), WhatsApp (con más de 1.500 millones de usuarios), Messenger (con 1.300 millones de usuarios); Twitter (con 350 millones de usuarios) o LinkedIn (con 260 millones de usuarios)<sup>1</sup>; y el almacenamiento y la transmisión de todo tipo de información, datos o contenidos *online* en alguno de los muchos espacios virtuales que hay en el mercado como Google Drive, Dropbox, WeTransfer, Mega, Box, OneDrive, Datapius, CloudMe, HubiC, Degoo, MediaFire, Weflio Drive, Filesharing24, PlusTransfer, Wimi, etc. Todos estos conceptos han pasado a formar parte de nuestro vocabulario habitual;

b) En la contratación electrónica, especialmente con el desarrollo vertiginoso de grandes empresas multinacionales dedicadas al comercio electrónico de cualquier tipo de producto o servicio, como las estadounidenses Amazon o Ebay; las chinas Alibaba o Tencent, la japonesa Rakuten; o las europeas Vente Privee o Zalando. El auge de la contratación electrónica por internet hace que la facturación del volumen de negocio *online* se acerque cada día más al tradicional en papel;

<sup>1</sup> Datos obtenidos de <https://marketing4ecommerce.net/cuales-redes-sociales-con-mas-usuarios-mundo-2019-top/> (fecha de consulta: 1 de febrero de 2022).

c) En la interconexión directa de los instrumentos electrónicos habituales en la vida de los ciudadanos a través de internet, esto es, internet de las cosas (IoT). Diferentes estudios indican que hoy en día hay 30.000 millones de dispositivos electrónicos conectados a internet al objeto de ofrecer servicios y aplicaciones inteligentes útiles para el confort de la sociedad (y esta cifra se duplicará en poco tiempo, hasta llegar a los 75.000 millones en 2025) <sup>2</sup>. Este continuo incremento de IoT está favoreciendo el increíble auge de los *smart contracts* en los que las cosas interactúan autónomamente, esto es, sin intervención directa de las personas, en función del programa para el que han sido desarrollados <sup>3</sup>. Sin embargo, lo cierto es que en la actualidad todavía no se han planteado especiales problemas probatorios respecto de los *smart contracts*; y

d) En la forma de comunicarse las personas, sustituyendo las palabras por símbolos o figuras (*emojis* o *emoticons*) que, como destacan Goldman y Abel Fabregó, también tienen su repercusión probatoria, pues cada vez es más frecuente en los tribunales la admisión de dichas figuras para probar los hechos que simbolizan <sup>4</sup>.

Lo primero que debemos destacar es que estamos ante una materia en la que, una vez más, la tecnología va por delante de las leyes, por lo que la práctica de los tribunales intentar afrontar los nuevos problemas tecnológicos con los instrumentos legales clásicos. En este trabajo solo vamos a referirnos a las cuestiones probatorias, por lo que no entraremos a examinar, por ejemplo, la gestión telemática de los procesos o los tribunales electrónicos, o cualquier otra materia que exceda del estrictamente probatorio.

<sup>2</sup> Ver [https://www.researchgate.net/figure/Internet-of-Things-IoT-connected-devices-from-2015-to-2025-in-billions\\_fig1\\_325645304](https://www.researchgate.net/figure/Internet-of-Things-IoT-connected-devices-from-2015-to-2025-in-billions_fig1_325645304) (fecha de consulta: 1 de febrero de 2022).

<sup>3</sup> Un smart contract, siguiendo el concepto de su propio creador SZABO (Foreword to "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond, en "Chamber of Digital Commerce, Washington, D.C.", 2016 [cfr. <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> —fecha de consulta: 1 de febrero de 2022-]; y Smart Contract, en "Building Blocks for Digital Markets", 1996 [cfr. <http://digitalchamber.org/assets/smart-contracts-12-use-cases-for-business-and-beyond.pdf> —fecha de consulta: 1 de febrero de 2022-]) es el conjunto de obligaciones, especificadas en forma digital, que incluyen los protocolos de actuación dentro de los cuales las partes cumplen automáticamente sus obligaciones (. Su campo de actuación en inmenso: así, por ejemplo, en diciembre de 2016, la Chamber of Digital Commerce -la asociación comercial más grande del mundo que representa la industria digital y de blockchain, con sede en Washington, D.C., en el documento "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond" describe doce ejemplos de smart contracts para ámbitos tan amplios como identificaciones digitales de las personas, financiación del comercio, gestión de valores, servicios post-comercio, registros de datos financieros, transacciones bancarias e hipotecas, transmisiones de propiedades, cadenas de suministros de cualquier tipo, seguros de automóviles, ensayos clínicos, etc.

<sup>4</sup> GOLDMAN, E., "Emojis and the Law", en *Washington Law Review*, vol. 9: 2018, pp. 1227-1291; y ABEL FABREGÓ, A., "Los emojis como fuente de prueba", en *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 120, 2021: 4, pp. 977-1002.

En materia probatoria, en todos los países se plantean problemas similares y muy complejos <sup>5</sup>. Estamos acostumbrados a probar los hechos físicos que resultan fácilmente constatables en la medida en que están en soporte papel, pero todo ello se hace mucho más difícil cuando estamos ante lo que podemos denominar “hechos electrónicos o digitales” (entendiendo por “hecho electrónico” aquel que se realiza de manera virtual o no física, esto es, básicamente a través de internet). Por ello, el proceso civil tradicional debe adaptarse rápidamente a estos nuevos retos tecnológicos.

Vamos a intentar descubrir cómo está empezando a afectar el mundo tecnológico al ámbito de la prueba judicial, y cuál es el futuro que nos espera. Y se procurará resolver los interrogantes que habitualmente se plantean en todos los tribunales del mundo y que no siempre tienen fácil solución: ¿Cómo accede un dato electrónico al proceso? ¿Qué límites hay en el control de los datos electrónicos? ¿Cómo se impugnan y verifican? ¿Qué precauciones han de tomarse para conservar datos electrónicos? ¿Cuándo es necesario un peritaje informático?, etcétera.

Cuando las pruebas no están en el mundo real, sino en el virtual o digital, se complica muchísimo su búsqueda y aportación al proceso. Los citados ámbitos de la sociedad en los que las nuevas tecnologías se han desarrollado especialmente, tienen una regulación normativa similar en todo el mundo: las redes sociales y la contratación electrónica tienen su propia regulación en todos los estados democráticos; y IoT suele estar huérfana de una regulación específica en casi todos los países.

Hay dos grandes problemas que suelen estar presentes en la prueba de los hechos electrónicos o digitales y que son realmente preocupantes: la posible intromisión en la vida privada o esfera más íntima de las personas para lograr acceder a tales hechos, precisamente, porque se mantienen en un ámbito cerrado de privacidad; y la facilidad de manipulación o alteración de su contenido.

Respecto del primer problema, es cierto que la tecnología ha abierto ciertos ámbitos de la esfera íntima de las personas que, con anterioridad, se mantenían privados (así, por ejemplo, puede vulnerarse el derecho al honor, a la imagen o a la intimidad a través de noticias transmitidas mediante redes sociales; pueden exponerse públicamente determinados hechos de contenido familiar, personal o íntimo en un WhatsApp o un SMS; o mediante IoT se puede entrar en el interior de una vivienda a través de cualquier dispositivo que se encuentre en ella y esté conectado a internet). Este mundo tan interconectado digitalmente tiende a “despersonalizar” las relaciones sociales, esto es, a olvidar que detrás de cada uno de los “hechos electrónicos” hay personas cuyos

<sup>5</sup> Para una visión de derecho comparado me remito a PICÓ I JUNOY, J., *The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution, a "Technology, the Global Economy and other New Challenges for Civil Justice"*, K. Miki (ed.), editorial Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 477-518.

derechos fundamentales deben ser siempre respetados (en especial, el derecho a la intimidad, el derecho al secreto de las comunicaciones, y el derecho a la protección de datos personales, entre otros). En consecuencia, el peligro más importante a evitar es que en la búsqueda y obtención de la prueba del “hecho electrónico” se vulnere un derecho fundamental. Y en este sentido, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han tenido ocasión de destacar que en la prueba de los hechos no todo es admisible, siendo uno de sus límites más estrictos el de la ilicitud o ilegalidad en su obtención. Para luchar de la forma más eficaz posible contra este problema es básico que la ley declare con toda rotundidad que cualquier elemento probatorio logrado con vulneración de un derecho constitucional, tanto en el mundo real como el virtual, deberá inadmitirse como prueba en un proceso judicial (y, de hecho, en la mayoría de las legislaciones internacionales existe jurisprudencia y normas de exclusión probatoria referentes a las pruebas ilícitamente obtenidas) <sup>6</sup>.

Y el segundo problema es el de la facilidad de manipulación del contenido de una red social, un mensaje de *email* o un documento electrónico. Aunque parezca increíble, es mucho más fácil alterar el contenido de un documento tecnológico que el clásico documento en papel, y así, por ejemplo, respecto de un *email*, sin necesidad de mucha experiencia es posible modificar su contenido o el destinatario del mismo, así como no parece complicado en una página “html” modificar el código fuente de dicha página y luego imprimirlo, dando la impresión de que el documento así reproducido es el mismo que se encuentra en línea. Sin embargo, estos problemas se superan en la mayoría de los países mediante el uso de algunas herramientas tecnológicas (como la certificación digital a través de empresas de certificación autorizadas públicamente para emitir dicha certificación), diversas prácticas legales (ya sea a través del uso de diferentes tipos de testimonios —especialmente a través de instituciones dedicadas a intermediar en la comunicación entre empresas—, o la redacción de políticas o protocolos de actuación a las que deben sujetarse las partes contratantes), o a través de un peritaje informático.

Una vez resueltos estos dos problemas, la pregunta que inmediatamente debemos hacernos es: ¿Todas estas nuevas fuentes de prueba digitales pueden introducirse en el proceso a través de los clásicos medios probatorios??

Siguiendo los tres ámbitos de la sociedad en los que se han desarrollado mayoritariamente las nuevas tecnologías, expuestos anteriormente, los “hechos electrónicos” pueden introducirse en el proceso de la siguiente manera:

<sup>6</sup> El problema de la prueba ilícita escapa a los objetivos de este estudio, pero plantea en todos los países una riqueza impresionante de matices: para una primera aproximación del tema me remito a PICÓ I JUNOY, J., La prueba ilícita: un concepto todavía por definir, en "La Administración de Justicia en España y en América", dir. Pilar Martín Ríos, edit. Astigi, Sevilla, 2021, pp. 1589-1606; e idem, El concepto de prueba ilícita en Michele Taruffo, en "JUSTICIA", 2021:2, pp. 33-52.

a) Con referencia a las redes sociales, su acceso como prueba al proceso puede tener lugar, básicamente, a través de:

- La prueba documental privada: normalmente los datos digitales suelen imprimirse y aportarse como documentos sin que haya habido problema alguno en su admisión probatoria, y ello tanto si constan en un correo electrónico <sup>7</sup>, en una red social <sup>8</sup>, en un WhatsApp <sup>9</sup>, o figuran en la simple imagen de un “pantallazo” <sup>10</sup>. Además, es perfectamente admisible que una parte requiera a la otra la aportación documental de los mensajes cruzados de manera telemática <sup>11</sup>, entrando en juego el deber de colaboración entre las partes y la posible *ficta admissio* del contenido del documento en caso de negativa injustificada a aportarlo [prevista en el art. 329.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, LEC)].

- La prueba documental pública: en ocasiones puede acudir a un fedatario público (especialmente a un notario) para que visualiza un WhatsApp o acceda a determinada red social al objeto de que, en un acta de constatación de hechos, deje fiel reflejo de su contenido para su posterior aportación al proceso <sup>12</sup>. En este punto, debemos ir con suma cautela, dada la facilidad de manipular los datos electrónicos que se presentan al fedatario público (tales como efectuar copias fidedignas de páginas web; alterar la identificación del emisor y destinatario de un *email*, o la fecha en que se realizó el mensaje electrónico).

- Los instrumentos de archivos digitales tales como un USB o *pendrive*, un CD, etc. <sup>13</sup> y <sup>14</sup>;

- El interrogatorio de las partes o de los testigos: a través de sus declaraciones se puede arrojar luz respecto de los contenidos publicados en una red social o la verdadera participación de la parte en ella misma (no olvidemos que, con cierta frecuencia, hay suplantaciones de identidad en las comunica-

<sup>7</sup> Cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, 1050/2015, de 10 de diciembre; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª, 795/2015, de 5 de noviembre.

<sup>8</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, 300/2015, de 19 de mayo.

<sup>9</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, 115/2016, de 1 de marzo; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 27, 702/2015, de 24 de noviembre.

<sup>10</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, 300/2015, de 19 de mayo; o la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de mayo de 2007.

<sup>11</sup> Cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 13 de marzo de 2008.

<sup>12</sup> Cfr. la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 13 de noviembre de 2008.

<sup>13</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 4ª, de 16 de junio de 2011; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de julio de 2007; o el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 4 de noviembre de 2008, entre otras muchas resoluciones judiciales.

<sup>14</sup> En algunos países estos instrumentos se consideran, a efectos probatorios, como documentos; mientras que en otros tienen su propia regulación autónoma. Curiosamente en España si bien tienen una regulación autónoma (arts. 382 a 384 LEC), ésta es muy similar a la propia de la prueba documental.

ciones que se producen en las redes sociales), o el contenido de los documentos electrónicos que hayan sido impugnados judicialmente, como puede suceder con un e-mail <sup>15</sup>. En este punto, debo destacar la existencia en el mercado de empresas (terceros de confianza) encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica y que, en caso de litigio, pueden intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos <sup>16</sup>.

- Y el dictamen pericial informático: mediante esta prueba se puede acreditar la posible alteración de los datos que figuran en una red social, la manipulación de un e-mail y, en general, adquirir certeza respecto de la autenticidad de los hechos reflejados electrónicamente <sup>17</sup>. Pese a la rotundidad con que se pronuncia cierta jurisprudencia <sup>18</sup>, no siempre es necesario aportar este dictamen pericial para dar credibilidad al dato electrónico <sup>19</sup>; y su simple impugnación judicial no comporta la exigencia de tener que aportarse al proceso un dictamen pericial informático, pues para ello deben explicitarse argumentos razonables, explicaciones serias, o cualquier dato o elemento que dote de cierta verosimilitud a dicha impugnación <sup>20</sup>.

b) Respecto de la contratación electrónica, cada país suele tener su propia normativa reguladora de la firma electrónica, por lo que deberemos acudir a estas regulaciones nacionales para conocer los diferentes tipos de firma electrónica, su valor probatorio y su impugnación en el proceso <sup>21</sup>. Además, debo

<sup>15</sup> Cfr., respecto al contenido de una red social, la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, 300/2015, de 19 de mayo; y de los e-mails, la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 31 de julio de 2008, o la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de enero de 2005.

<sup>16</sup> Así, vid. el Reglamento (UE) n° 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior.

<sup>17</sup> Cuestión distinta son los numerosos problemas que deben superarse en la práctica judicial, que se inician en la elección de la titulación exigible al perito, los que se originan en la correcta obtención del objeto a peritar y su posterior no contaminación en la "cadena de custodia", costes, etc. Para el tema vid. PUIG FAURA, S., *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2015

<sup>18</sup> Así, por ejemplo, vid. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2ª 300/2015, de 19 de mayo.

<sup>19</sup> En este sentido, vid. las sentencias del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, 375/2018, de 19 de julio y 754/2015, de 27 de noviembre.

<sup>20</sup> Cfr. la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2ª, 375/2018, de 19 de julio; o la SAP de Madrid 583/2017, de 18 de octubre. En doctrina vid. el reciente estudio de FUENTES SORIANO y ARRABAL PLATERO, "Impugnación de la prueba tecnológica: práctica de prueba instrumental y exigencia de un "principio de prueba", en *Revista General de Derecho Procesal*, núm 47. 2019, pp. 1-21.

<sup>21</sup> En el caso español, esta regulación se materializa en: a) la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, cuyo art. 3 establece: "[...] 4. La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel [...]. 7. Los documentos a que se refiere el apartado anterior tendrán el valor y la eficacia jurídica que corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable [...] 8. El soporte en que se hallen los datos firmados

destacar la existencia en el mercado de empresas encargadas de actuar como intermediarias en toda la contratación electrónica para que, en caso de litigio, pueden intervenir en el proceso aportando documentos o declarando como testigos. De igual modo, la propia declaración de las partes es fundamental para conocer su verdadera voluntad negocial.

c) Y finalmente, por lo que hace referencia a IoT, será fundamental la intervención del programador que intervino en las diversas fases de creación y desarrollo del *smart contract*, la declaración que la persona solicitante de dicho contrato, así como la prueba pericial informática para verificar la corrección de los datos aportados por las partes y el citado programador.

En conclusión, como podemos comprobar, los medios tradicionales de prueba todavía sirven para aportar al proceso las nuevas fuentes probatorias digitales que aparecen en las redes sociales, en la contratación electrónica, o en mundo de IoT. Y esta es la respuesta que a nivel mundial está dándose en todos los países.

## 2. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTOS AL AUXILIO DE LOS TRADICIONALES MEDIOS DE PRUEBA: LA NEUROCIENCIA Y LOS ALGORITMOS DE MICROEXPRESIONES FACIALES

Como indiqué en la introducción de este estudio, las nuevas tecnologías pueden ser instrumentos de auxilio de los tradicionales medios de prueba en la medida en que se presentan como herramientas susceptibles de verificar el

---

electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio. Si se impugnare la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico se procederá a comprobar que se trata de una firma electrónica avanzada basada en un certificado reconocido, que cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en esta Ley para este tipo de certificados, así como que la firma se ha generado mediante un dispositivo seguro de creación de firma electrónica. La carga de realizar las citadas comprobaciones corresponderá a quien haya presentado el documento electrónico firmado con firma electrónica reconocida. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se haya firmado dicho documento electrónico siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación [...]. Si se impugna la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el apartado 2 del artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"; yb) La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuyo art. 23.1 establece: "1. Los contratos celebrados por vía electrónica producirán todos los efectos previstos por el ordenamiento jurídico, cuando concurren el consentimiento y los demás requisitos necesarios para su validez"; y el art. 24 prevé: "1. La prueba de la celebración de un contrato por vía electrónica y la de las obligaciones que tienen su origen en él se sujetará a las reglas generales del ordenamiento jurídico. Cuando los contratos celebrados por vía electrónica estén firmados electrónicamente se estará a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. 2. En todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental".

resultado de las pruebas de interrogatorio de las partes, testigos y declaraciones de peritos.

Nos planteamos aquí la cuestión de si es posible controlar, por vías tecnológicas, las declaraciones personales de los propios litigantes, los testigos y los peritos. Y en concreto, nos centramos en la neurociencia y los algoritmos de microexpresiones faciales.

### *2.1. La neurociencia*

La neurología parece ofrecer mecanismos capaces de medir la verdad o la mentira de dichas declaraciones como, por ejemplo, mediante las imágenes de resonancia magnética —fMRI—. Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, la doctrina es muy crítica sobre la eficacia o validez científica de dichos mecanismos.

Desde la neurociencia, día a día se están aportando nuevas técnicas dirigidas a evidenciar los cambios neuronales del cerebro humano con la ayuda de sofisticadas técnicas de imágenes cerebrales que permiten mostrar concretas regiones cerebrales que ejecutan una función determinada<sup>22</sup>. No obstante, actualmente nos encontramos con limitaciones empíricas importantes sobre la fiabilidad de estas pruebas científicas de detección de la mentira<sup>23</sup>. Y aunque fuese cierta la posibilidad de detectar cuál es la zona cerebral que tiene por función responder a un interrogatorio, esto es, de modo científico, se pudiera determinar cuando el declarante está conscientemente faltando a la verdad, se abren múltiples interrogantes, pues es posible que el declarante<sup>24</sup>:

a) mienta, pero tenga capacidad de control de sus propios estímulos emocionales —innata o adquirida— que evite la activación de la región cerebral de la matriz de la mentira y, en consecuencia, esta no sea detectada;

b) diga la verdad, pero se active la región cerebral que determina el estímulo de la mentira porque su sistema nervioso se ha alterado sobremanera (por ejemplo, al estar declarando respecto de hechos de carácter íntimo, o sobre los que ha mantenido ocultos durante tiempo y quería seguir manteniéndolos así, o con referencia a los que cree que le pueden traer consecuencias especialmente

<sup>22</sup> En este sentido, vid. ya GREELY y WAGNER, Reference Guide on Neuroscience, en "Reference Manual on Scientific Evidence", 3ª edición, The National Academies Press, Washington, 2011, pp. 807-808; y PARDO y PATTERSON, Philosophical foundations of Law and Neuroscience, en "University of Illinois Law Review", 2010, p. 1228, notas 91 a 93.

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, suele argumentarse que no todos los cerebros humanos son iguales; que los experimentos todavía son escasos; y que en muchos casos la presunta matriz de la mentira se asocia también a otras actividades cognitivas que van más allá de la mentira -cfr. PARDO y PATTERSON (ob. cit., p. 1228, nota 95)-. Igualmente crítico se muestra NIEVA FENOLL, J., Inteligencia artificial y proceso judicial, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 89-90.

<sup>24</sup> PICÓ I JUNOY, J., La prueba del dolor, en "Neurociencia y proceso judicial", Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 91-92.

perjudiciales de cualquier tipo —afectivas, personales, profesionales, económicas, etc.—;

c) diga la verdad y “mienta”, por ejemplo, porque la declaración se fundamenta en un conocimiento erróneo de los hechos <sup>25</sup>;

d) e incluso es posible que diga la verdad ante hechos que formalmente aparezcan como falsos. Tuve ocasión de participar en un caso real en el que unas imágenes radiológicas demostraban una situación en la que objetivamente era lógico pensar en la existencia de dolor cuando, en realidad, este nunca había existido: se trataba de una mujer anciana, de 89 años, que tras un atropello tuvo que ser intervenida quirúrgicamente para colocarle un clavo endomedular por una fractura pertrocantérea en la cadera derecha. En el seguimiento realizado tras la operación, la paciente, a pesar de que la fractura radiológicamente estaba consolidada, declaraba un fuerte dolor de la cadera derecha durante y tras la rehabilitación, que nunca había tenido antes del accidente, y respecto del cual el doctor de la compañía aseguradora del causante del accidente entendía que ya existía con anterioridad debido a la existencia de una coxartrosis visible en las radiografías previas a la operación. En este caso, la compañía aseguradora se negó a indemnizarla por el dolor (y su tratamiento posterior —que podía comportar, por ejemplo, una nueva intervención quirúrgica para una artroplastia o implantación de una prótesis total de cadera—) debido a que la artrosis es una patología degenerativa no atribuible a un traumatismo (y de hecho, como he indicado, ya se percibía en las imágenes radiográficas prequirúrgicas). Si bien es cierto que las radiografías mostraban la existencia de artrosis, que habitualmente causa dolor, en la comparecencia de la medida cautelar se probó que la anciana nunca se había quejado del dolor en esa zona <sup>26</sup>, por lo que se determinó que el accidente fue el desencadenante del dolor, motivo por el cual la compañía aseguradora fue obligada a pagar la intervención quirúrgica requerida por la anciana <sup>27</sup>. En definitiva, todas estas situaciones nos llevan a debates mucho

<sup>25</sup> Para simplificar esta afirmación me basta el siguiente ejemplo, supongamos que el Sr. A cree que la Tierra es plana, es decir, para él la afirmación de que la Tierra es plana es verdadera. Ahora supongamos que el Sr. A miente al Sr. B, y le dice que la Tierra tiene forma esférica. En este caso, la afirmación 1 es verdadera y la 2 es falsa; pero el Sr. A ha mentido al Sr. B y le ha dicho una mentira que, curiosamente, es una verdad. Es una verdad que se fundamenta en un conocimiento erróneo de la realidad de los hechos. El Sr. A miente -pues dice lo contrario de lo que cree- pero al estar equivocado (creer algo erróneo), le lleva a decir la verdad mintiendo (ejemplo obtenido de <http://filosofia.laguia2000.com/creencias/sobre-verdad-y-mentira>; fecha de consulta: 1 de febrero de 2022).

<sup>26</sup> Como se acreditó, entre otras pruebas, mediante la declaración de su médico de familia y un certificado de su historial médico en la que no aparecía ninguna prescripción medicamentosa que guardase relación con el dolor de la cadera, ni ningún ingreso en servicios hospitalarios de urgencia por esta causa.

<sup>27</sup> De igual modo, el trabajo de GREELY y WAGNER (ob. cit., p. 809) destaca la existencia de estudios por imágenes computarizadas en los que se demuestra que las personas pueden ser hipnotizadas para sentir dolor sin que exista ningún estímulo externo doloroso y, a pesar de ello, se active la "matriz del dolor", por lo que dichas imágenes cerebrales responderán a una realidad falsa de los hechos. Y también podemos pensar en el amputado en una extremidad con dolor de

más profundos, como el de la dicotomía entre cerebro y mente, esto es, a si es posible que exista mente más allá del mero elemento fisiológico del cerebro, por lo que el estudio de este órgano humano —por muy profundo y detenido que sea— parecería ser incapaz de detectar la mente del declarante, pero todo ello excede del objetivo del presente estudio <sup>28</sup>. En todo caso, la hipótesis de que es posible mediante las imágenes cerebrales detectar cuando una persona está mintiendo sigue siendo rebatida en multitud de estudios científicos, por lo que es lógico seguir reflexionando sobre la admisibilidad probatoria de dichas imágenes cerebrales para determinar la mayor o menor credibilidad de las declaraciones judiciales de las partes, testigos y peritos.

En las experiencias del derecho comparado <sup>29</sup>, partiendo de que en ningún país se prevé expresamente una regulación sobre este punto, lo que demuestra que el desarrollo tecnológico va siempre por delante del desarrollo normativo, existe una respuesta muy dispar:

a) hay países en los que no se permite su uso, y para ello se formulan muy diversas razones: la falta expresa de previsión normativa, lo que induce a la praxis judicial a no admitirlo —como sucede en Inglaterra, Gales o China—; la expresa prohibición en las leyes de enjuiciamiento —este es el caso, por ejemplo, del Código Procesal Civil japonés—; la desconfianza sobre su confiabilidad (*reliability*) o la falta de carácter científico de estas nuevas tecnologías —esta es la experiencia judicial de EE. UU., Inglaterra y Gales—; o la expresa previsión legal de que el control de la veracidad de los testigos, las partes o peritos se confía en exclusiva al juez o al jurado, quienes con la cuidadosa valoración de la prueba deben llegar al libre convencimiento de dicha veracidad, sin que nada pueda interferir en su libertad de valoración probatoria; y

b) hay países en los que se admite el uso probatorio de las fMRI con determinadas condiciones, por ejemplo, siempre que ello se deba a la propia voluntad de quien desea someterse a estas nuevas tecnologías y no haya un trato denigrante contra su dignidad humana —y así se conocen distintos supuestos jurisprudenciales en Alemania o Perú—. En todo caso, se considera que la ley, al remitirse a la libre valoración judicial de las pruebas, le otorga al juez un amplio margen de discrecionalidad para admitir y valorar cualquier elemento probatorio que estime útil para formar su convicción sobre los hechos litigiosos —como sucede en Taiwán o Ecuador—. Además, hay países en los que

---

miembro fantasma que declara tener dolor en su extremidad ausente. En este caso, efectivamente es posible que el declarante diga la verdad, esto es, no esté mintiendo, pero ello no coincide con algo que es objetivamente cierto, a saber, que no existe la extremidad de la cual dice partir el dolor que sufre. Como se puede comprobar, en ambos casos, la máquina podrá detectar que el declarante no miente —porque el dolor existirá como percepción subjetiva de la persona afectada— aunque el hecho del origen del dolor es manifiestamente falso.

<sup>28</sup> Al respecto, vid. PARDO, M. y PATTERSON, D. (ob. cit., pp. 1218-1220); y NIEVA FENOLL, J. (ob. cit., pp. 169-171).

<sup>29</sup> Para las que me remito a PICÓ I JUNOY, J., *The New Challenges of Evidence Law in the Fourth Industrial Revolution*, ob.cit., pp. 487 y ss.

abiertamente se admiten las nuevas tecnologías en el ámbito judicial debido al convencimiento general a favor de su eficacia y autenticidad, y a que el uso generalizado que de ellos efectúa la Administración induce a confiar en todos los avances tecnológicos —como es el caso de Noruega—. Ello comporta que, en el caso de que una parte denuncie la mendacidad en la declaración de la parte contraria o de los testigos, *prima facie* pueda usarse cualquier medio tecnológico válido para descubrirla.

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de los países no se ha planteado la problemática aquí expuesta debido a que no existen reglas legales o jurisprudencia sobre el tema. En España, a falta de una norma que prohíba el uso la fMRI para detectar la mendacidad en la declaración judicial de los testigos, partes o peritos, no debería haber obstáculo para su admisión siempre que se cumplan las siguientes tres condiciones: a) que haya sometimiento voluntario de la persona declarante; b) que se realice siguiendo las pautas que marca la comunidad científica, debiéndose documentar en un informe pericial, que deberá poder ser contradicho por la parte contraria; y c) que se respete la libre valoración judicial de toda la prueba, esto es, tanto la que se deriva de la propia declaración sometida a fMRI como la del informe pericial, pues al encontrarnos ante un mecanismo no totalmente confiable debe dejarse un margen de discrecionalidad en la valoración del juez. Como es bien sabido, esta libertad de valoración no supone, en ningún caso, la arbitrariedad judicial sino todo lo contrario, la necesidad de motivar los resultados de la prueba en la sentencia, pues solo así se permite al justiciable conocer la verdadera razón del porqué de dicha sentencia. En todo caso, se plantea aquí un problema de difícil solución respecto de los países con jurado (básicamente los del *common law*) pues el enjuiciamiento de los hechos lo realiza el jurado y de forma no motivada, por lo que cabe el peligro ya apuntado por Damaska de que el perito venga a sustituir la función del juez <sup>30</sup>, esto es, que algo no confiable (la opinión experta de la fMRI) condicione indebidamente algo que pertenece en exclusiva al jurado, como es el otorgar mayor o menor credibilidad a las personas que declaran ante él <sup>31</sup>.

## 2.2. Los algoritmos de microexpresiones faciales

Las nuevas tecnologías nos ofrecen otra posible forma de verificar la veracidad de la declaración de una persona: se trata de los algoritmos referentes a sus microexpresiones faciales.

<sup>30</sup> DAMASKA, M. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, New Haven & London, 1997, p. 151 (existe una versión al español con el título "El derecho probatorio a la deriva", traducción de Joan Picó i Junoy, Marcial Pons, Madrid, 2015).

<sup>31</sup> Lo que conduciría a su rechazo. Ello es lo que, como hemos visto, sucede en los USA, donde la Corte Suprema y los tribunales federales no admiten el IRMF, incluso aunque fuese confiable, porque es responsabilidad del jurado evaluar la credibilidad de los testigos y partes.

En la actualidad existe una parte de la psicología clínica que considera que es posible detectar cuando una persona miente a través de sus microexpresiones faciales<sup>32</sup>. Partiendo de los estudios de Higgard e Isaacs, siguiendo por los trabajos de Paul Ekman, así como los de Porter y Brike, y acabando por los más recientes de Matsumoto —figura destacada en el campo de las microexpresiones faciales— puede llegarse a la conclusión teórica de que existen determinadas zonas de la cara que, debidamente analizadas, permiten saber cuándo una persona miente o dice la verdad<sup>33</sup>. Para estos autores, cuando las emociones se expresan espontáneamente, las mismas expresiones faciales y movimientos musculares aparecen en el rostro, y esto parece deberse al hecho de que estas expresiones faciales están bajo el control neural de dos áreas distintas del cerebro, una de ellas controla los movimientos voluntarios y la otra los involuntarios. En consecuencia, si una persona trata de controlar sus expresiones, ambos sistemas se involucran en un conflicto neuronal por el control de la cara, lo que produce una expresión facial muy breve que se denomina “microexpresión”, imperceptible a simple vista, pero controlable a través de la reproducción a velocidad muy lenta de la grabación del rostro humano<sup>34</sup>. Basándose en distintas zonas fáciles en las que supuestamente se manifiesta la “microexpresión” de la mentira, determinadas empresas, aplicando un algoritmo —que no revelan—, son capaces de elaborar informes periciales que se utilizan ante los tribunales como prueba para dar mayor o menor credibilidad a la declaración de una determinada persona<sup>35</sup>. Y en ocasiones en España se han admitido como prueba estos informes de expertos<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> Al respecto, vid. PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A., Examen de un nuevo método de detección judicial de la mentira, en “La prueba en acción. Estrategias procesales en materia probatoria. Libro en homenaje a Luis Muñoz Sabaté”, director Joan Picó i Junoy, J.M<sup>a</sup>. Bosch, Barcelona, 2019, pp. 267 a 275.

<sup>33</sup> Para el estudio de esta doctrina vid. MATSUMOTO, D. y HWANG, H. C., Microexpressions differentiate truths from lies about future malicious intent, en “Frontiers in Psychology” 2018: 9, pp. 1-11 (cfr. <https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpsyg.2018.02545/full>; fecha de consulta: 1 de febrero de 2022).

<sup>34</sup> Estas “micro-expresiones” faciales serían tan efímeras que solo tienen una duración entre 0.04 y 0.20 segundos (cfr. MATSUMOTO y HWANG, ob. cit., pp. 3-4).

<sup>35</sup> Especialmente en el campo del derecho de familia y cuando intervienen menores debido a la facilidad de manipular sus verdaderos sentimientos; y en el ámbito del proceso penal por delitos de violencia de género, ya que aquí suelen haber solo dos declaraciones contradictorias: la de la víctima y la del presunto agresor.

<sup>36</sup> Con carácter general, favorable a la libertad del juez para valorar los gestos o conductas de las partes, la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 2<sup>a</sup>, 119/2019, de 6 de marzo, de manera acrítica llega a afirmar: “Presupuestos en el análisis de la valoración por el Tribunal de la declaración de la víctima [...] recordemos que es posible que el Tribunal avale su convicción en la versión de la víctima, ya que la credibilidad y verosimilitud de su declaración se enmarca en la apreciación de una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal. Y así podemos citar los siguientes: [...] 4.- “Lenguaje gestual” de convicción. Este elemento es de gran importancia y se caracteriza por la forma en que la víctima se expresa desde el punto de vista de los “gestos” con los que se acompaña en su declaración ante el Tribunal”. Partiendo de este planteamiento jurisprudencial, no es extraño encontrar resoluciones judiciales en primera instancia

Sin embargo, recientemente, un grupo internacional de expertos en la materia ha publicado un estudio que resulta sumamente significativo sobre el carácter de “pseudociencia” de todos estos métodos de detección de la mentira <sup>37</sup>. Ponen de relieve, entre otras cosas, que quienes tienen experiencia científica con la detección de la mentira coinciden en señalar que no hay comportamientos no verbales que sean propios y exclusivos de las personas sinceras, o de las mendaces. En otras palabras, no existen indicadores objetivos de mentira al estilo del mito de la “nariz de Pinocho”. Según expone este panel de expertos, la generalizada obnubilación de los legos por todo lo que salga “de la boca” de los expertos ha provocado que cualquier supuesto conocimiento con apariencia de científico sea asumido acríticamente. En el ámbito judicial tal fenómeno ha sido muy acusado, probablemente motivado por la imperiosa necesidad de encontrar métodos infalibles para detectar el engaño en los procesos jurisdiccionales.

Pero lo cierto es que faltan estudios experimentales que den validez científica a estos métodos de detección de la mentira <sup>38</sup>. Como si de un medicamento se tratase, es fundamental testear o verificar el grado de efectividad de

---

que admiten el valor probatorio de dichos dictámenes periciales: en este sentido, por ejemplo, me remito a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 de Barcelona de 31 de julio de 2018, que admite la validez probatoria de un “informe pericial de Micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente” del hijo en el proceso de divorcio de sus padres, basándose en que las partes no se oponen al mismo y “[...] se han acompañado al mismo avales de distintos organismos oficiales y universitarios que reconocen dicha prueba de utilidad tanto en procedimientos civiles como penales y que consiste en la filmación con una cámara mientras que se formulan distintas preguntas (de control, de indicio, de provocación y de confirmación)”.

<sup>37</sup> DENAULT, V., et altri, The analysis of nonverbal communication: The dangers of pseudoscience in security and justice contexts, en “Anuario de Psicología Jurídica”, 2020: 30, pp. 1-12 (cfr. <https://journals.copmadrid.org/apj/art/apj2019a9>; fecha de consulta: 1 de febrero de 2022).

<sup>38</sup> Por ello, existen resoluciones judiciales que no dan valor probatorio a estas pruebas de expertos. Como buen ejemplo de ello, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18ª (especializada en derecho de familia), de 8 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5002) establece lo siguiente: “El informe de 22-11-2017 de XX titulado “Investigación y Desarrollo de micro expresiones faciales y lenguaje corporal” afirma [...]. Se afirma la credibilidad del relato por las reacciones oculares y la cronología gestual. Tal como recoge la sentencia no se ha aportado publicación científica que avale y contraste la técnica utilizada. En el recurso de apelación se aporta una relación de bibliografía sobre el tema pero no acreditación que avale la científicidad de la técnica utilizada constanding que hay literatura que cuestiona su fundamento científico. No podemos considerar dicha técnica como válida para verificar la credibilidad de las manifestaciones vertidas por la menor [...]. La utilización de dicha metodología no está suficientemente contrastada, se desconoce la concreta formación de las personas que la han llevado a cabo y la forma en cómo ha sido aplicada a la menor se considera por la Sala totalmente inadecuada. Por todo ello se descartan las conclusiones alcanzadas en el informe”. En la misma línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12ª (especializada en derecho de familia), de 18 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:12369) mantiene: “[...] En relación a las periciales aportadas por la Sra. Gracia para sostener su versión obran en la causa [...] un análisis de la empresa XX sobre micro-expresiones faciales y lenguaje corporal inconsciente, análisis al que la Sala no otorga valor científico”. Y, por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 20ª (penal), de 13 de septiembre de 2018 afirma: “Así pues, la pericial de micro expresiones faciales resulta completamente innecesaria y nada relevante puede aportar”.

cualquier método que se ofrezca en el práctica judicial como panacea de la detección de la mentira mediante el control de las microexpresiones faciales, y ello es básico especialmente cuando algún tribunal puede verse inclinado a otorgar validez científica —y en consecuencia probatoria— a dictámenes periciales en los que presuntamente se afirma que una persona (parte, testigo o perito) miente o dice la verdad.

Uno de estos experimentos es el realizado por la Asociación de Probática y Derecho Probatorio (APDP)<sup>39</sup>. A través de ella y una empresa europea que realiza los citados dictámenes periciales de microexpresiones faciales se ideó un ensayo clínico para verificar el grado de efectividad del sistema en el caso de la declaración de diez mujeres que supuestamente habían sufrido violencia de género. La APDP contactó con dos asociaciones de mujeres maltratadas y dos escuelas de teatro, y escogió para el ensayo clínico cuatro actrices de arte dramático —que debían mentir acerca de un episodio de violencia de género— y seis mujeres que realmente la sufrieron<sup>40</sup>. Para la empresa que debía efectuar los informes periciales se mantuvo el completo anonimato de la identidad de todas las mujeres y el número concreto de las que habían sufrido violencia de género. Las mujeres debían efectuar una exposición oral, de treinta minutos, grabada en video, relatando sus episodios de violencia de género y contestando a preguntas de un psicólogo de la empresa, y su identidad frente a dicha empresa se resumía en un simple número (del uno al diez)<sup>41</sup>. Las grabaciones debían realizarse con presencia de algún miembro de la APDP y la empresa tenía la expresa prohibición de ponerse en contacto posterior con dichas mujeres. La APDP hizo entrevistas individuales previas con todas ellas para explicarles el objeto y finalidad del ensayo clínico, y para que diesen su consentimiento expreso al mismo. Se aprobó un calendario de grabaciones para que en una semana se pudieran efectuar sus declaraciones. En fin, tras más de cuatro meses de preparación del ensayo clínico y doscientas horas de trabajo por parte de los investigadores, siete días antes de empezar las grabaciones la empresa que debía realizar los dictámenes periciales sobre detección de mentira a través de microexpresiones faciales envió un *email* en el que expresó su voluntad de no

<sup>39</sup> Ver, PICÓ I JUNOY, J., DE MIRANDA VÁZQUEZ, C. y ANDINO LÓPEZ, J.A., ob. cit., pp. 267-275.

<sup>40</sup> Las diez mujeres no se conocían entre ellas para evitar el efecto contagio en sus relatos de violencia de género. Por participar en este ensayo clínico, exponiendo el relato de violencia de género, las mujeres que efectivamente la habían sufrido percibían 200 euros, y las actrices 100 euros en el momento de la grabación, y 100 euros más si conseguían que la empresa no detectase su declaración falsa.

<sup>41</sup> El correlato del número con la concreta identidad de la persona y la circunstancia de si había sufrido o no violencia de género se mantuvo en secreto para la empresa, y estos datos se guardaron secretos en una plica cerrada custodiada por un notario, quien debía abrirla tras la entrega de los informes periciales de la empresa para así verificar el grado de acierto de los mismos.

realizar el ensayo clínico justificándose en el volumen de trabajo que tenían <sup>42</sup>. Inmediatamente se les ofreció realizar el mismo ensayo clínico sin limitación de fechas, con el fin de ajustarse al calendario de trabajo que le fuese bien a la empresa, pero la respuesta fue la misma: no querer testear científicamente el método de realización de sus dictámenes periciales alegando un elevado volumen de trabajo. Los hechos son muy elocuentes: que cada uno saque sus propias conclusiones.

<sup>42</sup> Literalmente, el e-mail recibido indicó: "Buenos días xxx: te informo que nos hemos reunido de urgencia la Junta Directiva y nos va resultar imposible realizar el ensayo. A fecha de hoy, lamentablemente no nos podemos comprometer a realizar 10 informes simultáneos y cumplir las fechas estipuladas".

## EL DERECHO PROCESAL Y LA TECNOLOGÍA: ABANDONANDO LA *INMEDIACIÓN INMEDIATA*

Por HUGO CAVERO RUIZ \*

*A la memoria de mi madre.*

*“La ciencia no es perfecta, con frecuencia se utiliza mal, no es más que una herramienta, pero es la mejor herramienta que tenemos: se corrige a sí misma, está siempre evolucionando y se puede aplicar a todo. Con esta herramienta conquistamos lo imposible”.*

*Carl Sagan.*

### **Resumen:**

*La historia ha demostrado que el avance de la tecnología suele remecer los pilares de la cultura. En el caso del derecho procesal, la tecnología precipita su influencia debido a la reciente pandemia de Covid-19, que obligó a llevar a cabo juicios en los que la presencialidad ha sido superada por la virtualidad. Si esto es así, ¿puede que haya llegado el momento del adiós del denominado —principio de intermediación— o es que habría que redefinir sus alcances?*

*El presente artículo, que parte de la hipótesis de que el futuro del derecho procesal está en la informática, trata sobre este tema y propone un gran esfuerzo de permeabilidad para posibilitar que la tecnología extienda sus beneficios a la usualmente insufrible aventura judicial.*

### **Palabras clave:**

*Derecho procesal, tecnología, principio de intermediación, proceso judicial telemático, juicio telemático.*

\* Nacido en Perú. Abogado, profesor de la especialidad en la carrera de especialización en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (plantel docentes extranjeros estables). Magíster en Derecho con mención en Derecho procesal; estudios en la maestría en Derecho procesal constitucional con tesis pendiente y candidato a doctor en Educación. Publicista.

PROCEDURAL LAW AND TECHNOLOGY:  
ABANDONING THE *IMMEDIATE IMMEDIACY*

**Abstract:**

*History has shown that the progress of technology tends to shake the pillars of culture. In the case of Civil Procedural Law, technology accelerates its influence due to the recent Covid-19 pandemic, which forced to carry out trials where virtuality has surpassed face-to-face. If this is the case, what we should do with “principle of immediacy”? It is time to say goodbye? Or we should redefine its meaning?*

*This article is based on the hypothesis that the future of Civil Procedural Law lies in IT. It also deals with this issue and proposes a special effort in order to enable that technology could spread its benefits to the common suffering of judicial adventure.*

**Keywords:**

*Procedural law, technology, principle of immediacy, telematic judicial process, telematic judgment.*

Puede que lo que mejor caracterice a los genios no tenga que ver necesariamente con su coeficiente intelectual ni con su capacidad de memorizar información, y ni siquiera con la de resolver problemas. Singular forma de genialidad, de por sí deslumbrante, parece estar más bien en la enigmática capacidad de estos elegidos para saltar hacia el futuro de un modo vedado para el común de los mortales. Especímenes raros que, como Da Vinci o Verne, nos asombran con diseños de helicópteros en pleno Renacimiento, o con una idea bastante cercana a internet apenas en el año 1863, también han existido en el derecho procesal, para regocijo de quienes andamos de alguna forma involucrados en los misterios de la pretensión de tutela jurídica.

Leyendo a don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo uno advierte su genialidad casi inmediatamente. Su erudición salta a la vista y su manejo de la teoría procesal es tal que acomete con facilidad cualquier aproximación hacia zonas en las que ya empieza a rozar otras disciplinas. Desde un jocosísimo ensayo, diríase de corte procesal-periodístico, sobre el enjuiciamiento de animales y cosas inanimadas en pleno siglo XX <sup>1</sup>, pasando por un estudio procesal-literario que no tiene desperdicio <sup>2</sup>, hasta uno procesal-tecnológico escrito en 1948 <sup>3</sup>, en el que, indagando

<sup>1</sup> Alcalá — Zamora y Castillo, Niceto: Enjuiciamiento de animales y objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, ps. 33 y ss.

<sup>2</sup> Alcalá — Zamora y Castillo, Niceto: Estampas procesales de la literatura española, E.J.E.A., Buenos Aires, 1961, p. 56.

<sup>3</sup> Alcalá — Zamora y Castillo, Niceto: Las comunicaciones por correo, telégrafo y radio en el Derecho procesal comparado, en Estudios de Teoría General e Historia del proceso (1945 —

sobre la forma en que la tecnología podría influir en los juicios, destacó —a falta de términos más precisos— la posibilidad de realizarlos “por televisión”; avizorando lo que, ya en el siglo XXI, ha venido a denominarse *proceso o juicio telemático* <sup>4</sup>.

Y este proceso o juicio telemático, al que todos hemos sido conducidos medio a la fuerza por causas hasta hace poco inimaginables, debiera haber llegado para quedarse, pues las ventajas que ofrece saltan a la vista: una mesa de partes virtual abierta veinticuatro horas al día, un sistema de notificaciones electrónicas e incluso un modo de realizar audiencias judiciales virtuales en todos los grados, sin que las garantías del debido proceso se hayan visto afectadas, salvo excepcionales casos que hubieran podido producirse también en audiencias presenciales.

Lo que no queda del todo claro es cómo podría estar operando el denominado *principio de inmediación* —que en realidad es una técnica <sup>5</sup>— cuando todo el juicio puede discurrir sin que el juez haya tenido contacto directo alguno con las partes, testigos, peritos y cualquier otro sujeto de interés para la justicia que se demanda en la gestión y, sobre todo, en la decisión final.

Mucho se ha escrito ya sobre el referido (*pseudo*) *principio*, bastante sobrevalorado y que de por sí no representa tanto sino es conjugado con otros dos —que en sentido estricto también son técnicas— con los que se complementa: oralidad y concentración, a tal punto que por lo general suele haber confusión entre inmediación y oralidad, así como entre concentración e inmediación. La —prácticamente— falta de suficiencia *per se* de la inmediación salta a la vista cuando se aprecia que en un juicio escrito basta con que el juez acceda a los originales de los memoriales presentados por las partes para que esta se cumpla; y, en uno oral, con que el juez esté presente en las audiencias. En realidad, la única justificación de la inmediación tiene que ver con el contacto directo del juez con los medios de prueba, cuya actuación debe controlar. Este control pasa por determinar, por ejemplo, la pertinencia de las preguntas a los testigos o partes, así como a resolver las oposiciones que a alguna de ellas podría formularse;

1972), Tomo II: Números 12 — 20, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, pp. 28 — 50.

<sup>4</sup> Otro de estos genios fue el profesor prechiovendiano Lodovico Mortara, que imaginó la abolición del recurso de apelación en la idea que el grado de perfección probatoria al que se llegaría con la tecnología disiparía cualquier atisbo de duda en la reconstrucción de los hechos, de tal forma que solamente sobreviviría

<sup>5</sup> Razonable opinión al respecto tiene Alvarado Velloso cuando afirma que un principio, por su carácter de tal, no puede tener un contrario plausible (Alvarado Velloso, Adolfo. Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Tomo I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995. p. 262). Principio es, por ejemplo, el de la bilateralidad de la audiencia, cuyo contrario es la negación del Derecho procesal; principio es el de la inmaculación del proceso, y así algunos más. Cuando es igualmente válida una opción y su opuesta, lo que tenemos al frente son técnicas: oralidad y escrituralidad, concentración y dispersión, inmediación y mediación, etc.

verificar la conformidad de los documentos que se dispuso exhibir, ordenar el debate pericial, etcétera.

Pedir algo más allá de eso, como que el juez tenga recordación de lo actuado al momento de sentenciar, ya es utópico. En un sistema como el peruano, en el que termina siendo muy difícil que el juez que controló la actuación de los medios de prueba sea el mismo que sentencie <sup>6</sup>, cualquier expectativa desmedida relacionada con la intermediación debe ser prudentemente acotada <sup>7</sup>. Ello, por supuesto, con más convencimiento a partir del descarte rotundo de las oscurantistas conclusiones probatorias guiadas por algunos comportamientos de sujetos deponentes (partes y testigos), tales como la sudoración de las manos, el enrojecimiento de las mejillas, la voz baja con la que declaran y otras especies semejantes, que no resisten ningún análisis científico y son, más bien, una puerta abierta para la siempre odiosa arbitrariedad judicial.

Entonces la cuestión que hay que dilucidar es si la intermediación puede considerarse verificada en el proceso telemático, habida cuenta de que en él las partes no tienen contacto personal con el juez y la actuación de los medios de prueba no se hace en su presencia *directa*. Debe dejarse aclarado —y muy bien— que la idea no es buscar, a como dé lugar, algún argumento heroico para sustentar su concurrencia, pues en caso de que esta no se produjera, el sacrificio de una realidad favorable por un ideal bastante fantasmal no debiera justificarse, sino que más bien habría que apoyar una decidida renuncia a él.

Dicho esto, hay que volver a Alcalá-Zamora y considerar que la inmediatividad inmediata (“valga la redundancia”, advierte) puede ceder frente a una inmediatividad mediata (“valga el contrasentido”, remata). Y esto porque, hablando en términos tecnológicos, y comoquiera que lo opuesto a la presencialidad es la virtualidad, tenemos, a decir verdad, que el juez presente no está en

<sup>6</sup> En el Perú un gran número de jueces -incluso supremos- son provisionales, es decir, funcionarios de la carrera judicial que desempeñan temporalmente actividades en grados superiores a los de su escalafón. Hay también jueces supernumerarios, que son abogados ajenos a la carrera judicial llamados a ocupar interinamente plazas judiciales vacantes. De esta manera, sea porque la provisionalidad o el interinato terminó, o porque hubo reorganización o incluso reasignación de los casos (como sucede con los llamados juzgados sentenciadores, de dudosa constitucionalidad por vulneración del principio del juez natural), es muy raro que un juicio sea sentenciado por el juez que actuó los medios de prueba. Pero si esto por casualidad se da, habrá pasado tanto tiempo desde dicha actuación y el momento de sentenciar que lo más probable será cualquier recordación haya quedado desvanecida. ¿Podrá el registro en vídeo de la audiencia solucionar este problema?, ¿tendrán los jueces tiempo y medios suficientes como para dedicarse a ver vídeos antes de sentenciar?

<sup>7</sup> Además, habría que preguntarse qué tanto interés en colocar “cara a cara” al juez con las partes puede tener un sistema que más bien ha mostrado profundo repudio hacia ellas. Dos ejemplos: 1) Se viene insistiendo en la desjurisdiccionalización de las controversias a través de modelos de conciliación y arbitrajes obligatorios, esto último, incluso, con ribetes de escándalo en materia de contratación con el Estado; y, 2) Existencia de un enrevesado complejo de inadmisibilidades e improcedencias, incluso liminares, de las demandas que se replica en el caso de los medios de impugnación, sobre todo en lo que respecta al recurso de casación, cuya procedencia o improcedencia es resuelta por la Corte Suprema sin contradictorio y sin posibilidad de recurrir.

el juicio telemático. Si hay virtualidad, no hay presencialidad, y si esto es así, ¿puede haber intermediación?

Ahora bien, tampoco se trata de que el juez esté ausente, sino que actúa sincrónicamente mediante un sistema remoto. Si no está ausente, está presente, pero en una forma distinta y nunca antes vista. Como se advierte, el ingenio del hombre, expresado en la tecnología, obliga a repensar hasta las cuestiones básicas de nuestra ciencia.

¿Hay, entonces, intermediación en el juicio telemático? Depende. Si el juez está en capacidad de controlar la actuación de los medios de prueba en un grado equivalente al que pudiera desplegar bajo su presencia física, sí. De lo contrario, todo parece indicar que no.

Así las cosas, si la intermediación no se acabara de verificar, ¿habría que invalidar el sistema? No se aprecia justificación alguna para ello, considerando que, como ya se dijo, la técnica de la intermediación no tiene la calidad de principio y además no integra el derecho al debido proceso y, por tanto, es una categoría absolutamente prescindible.

Alinearse ante una técnica como si ella estuviera escrita en piedra puede resultar contraproducente, más aún cuando se presentan en el horizonte muchos avances tecnológicos destinados a una justicia más justa (otra vez, valga la redundancia), que demandarán un gran esfuerzo de permeabilidad de parte del jurista, algo que tradicionalmente no ha sido capaz de exhibir.

Como se ve, el futuro del juicio está en la informática. Atrás quedaron debates desfasados como el de oralidad/escrituralidad, activismo/garantismo, e incluso intermediación/mediación; por lo que es necesario estar a la altura que demandan estos tiempos. En ese sentido, los códigos procesales deberán ocuparse en forma preferente de regular los procedimientos telemáticos (por lo menos, un gran juicio ordinario telemático). Hay convencimiento de que requieren de un tratamiento especial para el que resulta a todas luces insuficiente agregar la palabra “conectado” o “virtual” a las sempiternas reglas de siempre <sup>8</sup>.

La intensidad de la revolución que se viene para el derecho procesal acaso no ha sido experimentada desde el código Klein. Ya se están produciendo, frente a nuestros ojos, controversias que son resueltas por sistemas informáticos de inteligencia artificial (aquellas que se derivan de compras en internet en los gigantes del comercio electrónico), de los que no existen mayores quejas. También, aunque esta vez con muchas quejas, se están viendo sistemas de punición privada en las redes sociales —bajo un esquema parecido al monitorio— que,

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, el más o menos reciente proyecto de modificación de Código Procesal Civil peruano no presenta ninguna regulación del proceso telemático, lo que ha tratado de ser suplido con algunas referencias al señalamiento de domicilios virtuales o a la conexión vía internet para las audiencias. Esto ha provocado -pese a las incuestionables buenas intenciones de sus autores- que el aludido proyecto haya nacido viejo, como el Benjamin Button de Fitzgerald.

es de suponer, habrán de mejorar. Esa es la dirección a la que se apunta <sup>9</sup>, por lo menos en el primer mundo. A nosotros nos debería resultar suficiente con que lo avanzado como consecuencia de la pandemia no retroceda, sino que, más bien, termine consolidándose.

Alcalá-Zamora, que lamentaba que la tecnología presente en la burocracia, la banca o los negocios no se reprodujera en igual medida en el tratamiento de los juicios, seguramente estaría dispuesto a dar pelea por este objetivo. Y cuando Alcalá-Zamora peleaba, había que temer. ¡Vaya que se extraña al buen don Niceto!

<sup>9</sup> Para tranquilidad del gremio, habría que anotar que la profesión que más puede verse afectada por la tecnología es la judicatura y no así la abogacía, tal como da cuenta la profesora de la Universidad de Newcastle Dra. Tania Sourdin en *Judges, Technology and Artificial Intelligence*, Edward Elgar Publishing Ltda. Massachusetts, 2021.

## ACTUALIDAD SOBRE CERTIFICACIONES NOTARIALES EN MATERIA DE PRUEBA ELECTRÓNICA

Por GASTÓN E. BIELLI \* y CARLOS J. ORDOÑEZ \*\*

### **Resumen:**

*Una de las grandes problemáticas que acompañan a las fuentes probatorias de origen electrónico es la fugacidad intrínseca que traen consigo.*

*Es que un contenido vertido en el mundo virtual, en muchos casos, bien puede ser suprimido cuando su autor-generador así lo desee, tornando sumamente dificultosa la tarea de recuperarlo, si es que luego se quiere invocar su ocurrencia en el marco de un pleito.*

*Por ello, al día de la fecha, no son pocos los letrados tienden a recurrir a la asistencia de un notario, como aquel profesional cuya diligencia bien puede ayudar a materializar documentalmente estos acontecimientos siendo que, bajo nuestra mirada, la cuestión requiere la confluencia de determinados recaudos.*

\* Abogado (UNLZ). Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Director de la Comisión de Informática Jurídica e Inteligencia Artificial de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA). Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE). Secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA). Presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora (CALZ). Coautor de la obra “Derecho Procesal Informático”, Thomson Reuters - La Ley, 2017. Coautor de la obra “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, Thomson Reuters - La Ley, 2019. Coautor de la obra “Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales”, Thomson Reuters - La Ley, 2020. Coautor de la obra “Títulos ejecutivos electrónicos y proceso de ejecución”, Thomson Reuters - La Ley, 2021. Codirector del “Tratado de la prueba electrónica”, Thomson Reuters - La Ley, 2021. Director de la Diplomatura en Derecho Procesal Informático (UNLZ). Director de la Diplomatura en Probática Electrónica (UNLZ). Docente universitario de grado y posgrado (UBA — UNLZ — Univ. Austral — UTDT, entre otras). Twitter: @gastonbielli.

\*\* Abogado (UNMDP). Digita Consultores. Ex funcionario judicial. Doctorando en derecho (UNMDP). Vicepresidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático (IADPI). Miembro Académico del Foro de Derecho Procesal Electrónico (FDPE). Coautor de la obra “La prueba electrónica. Teoría y práctica”, Thomson Reuters - La Ley, 2019. Autor de la obra “El expediente electrónico en la Provincia de Buenos Aires. Análisis integral de un renovado proceso judicial”, Hammurabi, 2020. Coautor de la obra “Contratos electrónicos. Teoría general y cuestiones procesales”, Thomson Reuters - La Ley, 2020. Coautor de la obra “Títulos ejecutivos electrónicos y proceso de ejecución”, Thomson Reuters - La Ley, 2021. Codirector del “Tratado de la prueba electrónica”, Thomson Reuters - La Ley, 2021. Director de la revista “Derecho y tecnología” de la editorial Hammurabi. Autor de numerosos artículos sobre derecho y tecnología, como así también de obras colectivas sobre tales temáticas. Docente universitario de grado y posgrado (UADE, UNLZ, UCALP, entre otras), expositor en jornadas académicas en la materia. Twitter: @DerTec\_Ordonez.

*El propósito del presente trabajo se constituye en analizar aquellas pautas básicas necesarias para la generación de certificaciones notarias sobre fuentes de prueba de origen electrónico, con el objeto de revestirlas de la eficacia probatoria.*

**Palabras clave:**

*Derecho procesal, prueba electrónica, actas notariales, preconstitución de prueba, notarios.*

## DIGITAL EVIDENCE AND NOTARIAL ACTS

**Abstract:**

*One of the great problems of digital evidence is its intrinsic fragility.*

*A content created in the virtual world, in many cases, can well be suppressed when its author so wishes, making the task of recovering it extremely difficult.*

*Therefore, lawyers attend the assistance of a notary public, such as a professional whose diligence helps to materialize these facts in a documentary way.*

*The purpose of this work is to analyze the necessary guidelines for the generation of notarial acts on digital evidence in order to provide them with probationary efficacy.*

**Keywords:**

*Procedural law, digital evidence, notarial acts, preconstitution of evidence, notary public.*

## INTRODUCCIÓN

Ya hemos sostenido oportunamente que la prueba electrónica es presente y futuro de la litigación moderna, y cada vez son más los precedentes judiciales que se ven obligados a adentrarse a su abordaje, pues existe una clara e irrefrenable tendencia a que los hechos que preceden a una contienda queden registrados en estos formatos masivamente utilizados <sup>1</sup>.

Pero, una de las grandes problemáticas que acompañan esta materia es la fugacidad intrínseca que trae consigo. Es que un contenido vertido en el mundo

<sup>1</sup> BIELLI, Gastón Enrique. — ORDOÑEZ, Carlos. "Excesos en la prueba electrónica: su producción al momento de sentenciar. Incorporación y valoración probatoria de videos subidos a la plataforma YouTube". Publicado en el Diario Thomson Reuters - La Ley del día 8 de febrero de 2021. Cita online: AR/DOC/4016/2020.

virtual, en muchos casos, bien puede ser suprimido cuando su autor-generator así lo desee, tornando sumamente dificultosa la tarea de recuperarlo, si es que luego se quiere invocar su ocurrencia en el marco de un pleito.

Esperar acudir a sede judicial para documentar ciertos archivos, en algunos casos puede ser una estrategia procesal totalmente desafortunada, pues esas fuentes probatorias podrían no estar disponibles al tiempo de la producción de un reconocimiento judicial o una pericial informática.

A fin de dar solución a la dificultad esbozada, no son pocos los letrados que tienden a recurrir a la asistencia de un notario, como aquel profesional cuya diligencia bien puede ayudar a materializar documentalmente estos acontecimientos, procurando elementos probatorios que luego puedan ser canalizados al proceso.

La utilización de los mencionados instrumentos, en el plano probatorio, es una tendencia que, por motivos de diverso tenor, en este último tiempo ha sabido ganarse su lugar entre los profesionales que a diario litigan en el Poder Judicial. Verdaderamente, se trata de una herramienta de trabajo muy pragmática que permite expresar en un formato conocido por todos, la actuación notarial, un contenido que todavía es mirado con resquemor por cierto sector del ambiente jurídico.

Pues bien, a lo largo del presente artículo nos referiremos a la etapa preconstitutiva de prueba electrónica y, específicamente, a la generación de actas notariales, procurando repasar las pautas básicas que en la actualidad son exigidas para la producción de ellas y, consecuentemente, revestirlas de la eficacia probatoria necesaria para que luego puedan ser valoradas por el juzgador.

## 1. PRECONSTITUCIÓN DE PRUEBA ELECTRÓNICA

Se ha sostenido que la intervención del juez en el ordenamiento de la producción de la prueba es la frontera conceptual que determina que una prueba sea preconstituida o sea prueba judicialmente adquirida. La intervención del juez determina la presencia del Estado en el proceso, y es la garantía de seguridad y certeza en la actividad probatoria, circunstancia que no se encuentra presente frente a la prueba preconstituida <sup>2</sup>.

Asoma con meridiana importancia el concepto de preconstitución de prueba, sobre el cual diremos que engloba todas aquellas fuentes que en cierta medida fueron creadas por las partes (sin intervención del juez), ya sea al momento del negocio jurídico, por ejemplo, un contrato, o con posterioridad a él, v.gr., un acta de constatación, con el objeto de representar elementos de convicción ante una eventual disputa o conflicto.

<sup>2</sup> PORZIO, Paula Eugenia. "La actividad probatoria preliminar. ¿Sería necesaria su regulación?", *ElDial Biblioteca Jurídica Online*, citar: DC101C, publicado: 23/02/2009.

De lo dicho se colige que, quien alega un hecho en juicio es porque —según el orden normal y corriente de las cosas— ya ha preconstituida prueba de su existencia o al menos tiene la convicción de poder obtenerla sin dificultades <sup>3</sup>, lo que en materia de fuentes probatorias informáticas no es tarea para nada sencilla, conforme presenta una serie de dificultades.

Los documentos físicos y las actas notariales, partiendo desde la escritura, fueron los actores principales e históricos de esta función preconstitutiva, pero hoy en día existen otros partícipes en la escena (los documentos electrónicos), en donde sobresale un formato totalmente diferente, más versátil, flexible y dinámico, que además posee idéntica eficacia probatoria que su equivalente en soporte papel, siendo inclusive, en algunos casos (v.gr., documentos con firma digital), más seguros y confiables que sus antecesores <sup>4</sup>.

Y a fin de procurar certeza sobre la ocurrencia de un contenido manifestado en el mundo virtual, en muchas ocasiones nos veremos obligados a su representación previa, para poder llevar al juez, en su caso, el contenido que ellas enseñan antes de que se esfumen, desaparezcan o, llegado el caso, sean corrompidas.

La fugacidad y la fragilidad de las fuentes probatorias de origen electrónico hacen que exista un riesgo latente a su desaparición, adulteración o contaminación, antes de llegar a conocimiento del magistrado para su correcta valoración. Lo sostenido también se ve abonado por la inmaterialización propia del gran cúmulo de información que las conforman, que se encuentra encofrada en uno o varios registros físicos que la almacenan.

Entonces, retomamos, una modalidad muy usual para la preconstitución probatoria son las actas notariales de constatación de contenido electrónico-digital, pasadas ante un escribano público, a fin de que este dé fe de la información que aprecian sus sentidos y que luego será reflejada en el protocolo pertinente. Suele emplearse esta modalidad para correos electrónicos, mensajes de WhatsApp, interacciones en redes sociales, páginas de internet, entre otros, y son de mucha utilidad para incorporar al proceso estas fuentes probatorias electrónicas, siempre y cuando ellas se confeccionen correctamente.

Pero no podemos dejar de mencionar que la prueba preconstituida es mirada con disfavor por cierto sector de la doctrina y por algunos precedentes judiciales. El origen probatorio de este material, que nace de la actividad de la propia parte (es unilateral, no hay contradicción, ni mucho menos contralor), es uno de los principales cuestionamientos que se le formulan o sobre los cuales se

<sup>3</sup> PEYRANO, Jorge., "La contestación de demanda, en la hora actual", SJASJA 23/9/2009; Cita Online: 0003/014689.

<sup>4</sup> BIELLI, Gastón Enrique— ORDOÑEZ, Carlos. "La instrucción civil, la preconstitución de prueba electrónica y su incorporación al proceso por parte del abogado", en BIELLI, G. E. — ORDONEZ, C. J. - QUADRI, G. H. (Dir.), Tratado de la Prueba Electrónica, Editorial Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, p. 714.

exige extremar los recaudos, máxime teniendo en cuenta que el resultado de esa labor pretende generar convencimiento judicial en favor de su creador.

Lo dicho se acentúa aún más en el campo de la prueba electrónica, donde, como veremos, se torna necesario seguir determinados cuidados a fin de que el acta notarial cumpla con la eficacia necesaria para ser correctamente valorado por el juzgador.

Aclarado lo anterior, pasaremos a adentrarnos en aquellas normas regulatorias que rigen la materia, para luego inmiscuirnos completamente en el motivo del presente trabajo.

## 2. BREVES NOCIONES SOBRE EL ACTA NOTARIAL Y LA FUNCIÓN DEL NOTARIO

En primer lugar, el Cód. Civ. y Com. establece a través del art. 289 que son instrumentos públicos: a) las escrituras públicas y sus copias o testimonios; b) los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes; c) los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.

Como se vislumbra, se reviste al acta notarial del carácter de instrumento público a través del inc. b) del mencionado artículo.

Seguidamente, el art. 296 del Cód. Civ. y Com. menciona: “El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;...”. La presente norma bien puede ser complementada con lo determinado en el art. 312 del Cód. Civ. y Com., el cual refiere —específicamente sobre las actas notariales— que su valor probatorio se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y los juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Pues bien, ya de una forma más conceptualizadora, el art. 310 del Cód. Civ. y Com. nos dice que se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

Y, por último, el art. 311 nos brinda una serie de requisitos que indefectiblemente deben constituir al acta notarial: “Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones: a) se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa; b) no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente; c) no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notifica-

ciones, requerimientos y otras diligencias; d) las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan; e) el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario; f) no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico; g) pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia”.

Para Gozaíni, el documento notarial es un documento que emana de un escribano que se ocupa de reproducir lo que ocurre ante sus sentidos. Lo que pasó lo transcribe y lo comunica, con efectos de exponer con realidad y verdad aquello cuanto se le ha requerido para quedar documentado. Es casi un testigo, pero no lo es, porque tiene el poder del fedatario público, que hace que lo que él constata en el documento se presuma real y veraz <sup>5</sup>.

Y, como sostienen Di Castelnuovo y Falbo, mientras que la escritura es constitutiva del acto jurídico, mediante el otorgamiento de las partes, al asumir la paternidad de las declaraciones de voluntad que contiene, el acta notarial es declarativa de los acontecimientos que suceden fuera del documento. Por ello destacamos que, en la escritura pública, el acto jurídico nace en el documento, al momento de la suscripción. En el acta notarial, en cambio, el acontecimiento es previo y ajeno al documento. Este viene luego a recogerlo para servir de prueba de aquellos sucesos. Teniendo esto en consideración, decimos que, en las actas, el notario se sitúa como un observador de la realidad. Es que la esencia del acta, luego del impulso en la actuación a través del requerimiento, reside en la constatación, por parte del notario, de lo percibido a través de los sentidos. Por ello, todo aspecto exterior que genere algún tipo de modificación en el mundo sensible que pueda ser captado por los sentidos del notario tiene la virtualidad de ser pasible de constatación <sup>6</sup>.

Borda ha establecido que la fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones. Así, por ejemplo, las apreciaciones personales del funcionario, tales como las referentes al estado de salud de las personas, o los informes de los empleados administrativos, no precisan ser atacadas mediante redargución de falsedad y basta la

<sup>5</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., "Valor probatorio de las certificaciones notariales remotas". Publicado en: La Ley 22/06/2020, 8. Cita: TR LALEY AR/DOC/1901/2020

<sup>6</sup> DI CASTELNUOVO, Franco. — FALBO, Santiago. "La labor del notario frente a la prueba electrónica", en BIELLI, G. E. — ORDOÑEZ, C. J. - QUADRI, G. H. (Dir.), Tratado de la Prueba Electrónica, Editorial Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, pág. 28.

simple prueba en contrario. El oficial no es un perito y sus juicios son susceptibles de error <sup>7</sup>.

Sobre el último punto sostenido por el reconocido autor, coincidimos en que el notario solo dará fe sobre lo que tiene a su vista y que percibe a través de sus sentidos, mas no así así se expedirá sobre la autenticidad de los documentos que tiene bajo su mirada cuando ellos se encuentren revestidos de elementos técnicos que excedan su mero conocimiento. Es decir, *prima facie*, no puede extenderse a constataciones sobre materias reservadas a peritos.

Pues bien, en materia de prueba electrónica, las afirmaciones esbozadas impactan de lleno. Todo conforme, según lo sostenido *supra*, y en el marco del litigio actual, no es extraño visualizar constataciones sobre documentos electrónicos realizadas únicamente por el notario y sin la asistencia de un especialista técnico, produciéndose un elemento probatorio de eficacia disminuida, y que poco y nada podrá servir para intentar demostrar —por sí solo— la ocurrencia de un hecho acaecido en el mundo virtual, si es impugnado.

Aclarado lo anterior, en el próximo acápite intentaremos brindar sendas soluciones a la problemática.

### 3. SALVEDADES Y RECAUDOS EN LA TAREA PRECONSTITUTIVA. EL CASO DE LAS ACTAS NOTARIALES SOBRE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Se ha conceptualizado el documento electrónico como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo —también— como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código <sup>8</sup>.

Tratándose del conjunto de impulsos eléctricos ordenados, que son la materialización de una representación que es generada de forma ordenada, respetando un código y con la intervención de un ordenador; conjunto de impulsos electrónicos que es —a su vez— almacenado en un soporte óptico, magnético o electrónico que finalmente, gracias al mismo u otro ordenador y al resto de los componentes (*software* y *hardware*) es decodificado y traducido a un formato comprensible a simple vista; así, habrá documento electrónico independientemente de que registre o no hechos jurídicamente relevantes o de la posibilidad o no de su traducción al lenguaje natural <sup>9</sup>.

Y aclaramos que las enormes ventajas que ofrecen los documentos electrónicos únicamente pueden ser satisfactoriamente exploradas si contamos con

<sup>7</sup> BORDA, Guillermo. Tratado de Derecho Civil - Parte General. Abeledo Perrot. T. II, p. 209.

<sup>8</sup> FALCÓN, Enrique. Tratado de derecho procesal civil y comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 897.

<sup>9</sup> GINI, Santiago, "Documentos y documento electrónico", La Ley, Sup. Act. 30/3/2010, 1.

el archivo informático y si ofrecemos los medios probatorios más adecuados a sus características, positivas y negativas.

Lo dicho guarda estrecha vinculación con el principio de originalidad de la prueba, el cual supone que el medio de prueba ofrecido deberá referirse, en lo posible, a la fuente original e inmediata de la cual se desprende o debe más bien extraer la representación de los hechos, sea ello por su propia naturaleza o por disposición de ley <sup>10</sup>.

Es que hoy en día no es extraño visualizar la incorporación de actas notariales, en los más diversos procesos, generadas mediante la sola labor del notario y sin la asistencia de un especialista técnico. Dichas certificaciones bien pueden servir para comprobar la apariencia externa de un documento digital, pero no así sus datos intrínsecos más relevantes y que hacen a la autenticidad del instrumento (integridad), pudiéndose mediante ella incluso disimular la existencia de un elemento apócrifo, cuyas características permanecerán ocultas a la vista del fedatario.

Y nosotros, conforme al grado de especificidad técnica que requiere la materia, hemos establecido en infinidad de ocasiones la necesidad de que la constatación notarial se efectúe con la asistencia de un especialista y adjuntándose un acta técnica, a efectos de otorgar a dicho acto un mayor contenido científico <sup>11</sup>.

Desde un plano exclusivamente técnico, podríamos afirmar que no se trata de “soplar y hacer botellas”; vale decir, la constatación de contenidos digitales no consiste únicamente en imprimir fotos, páginas de internet, mensajes o transcribir su contenido, para después anexarlos a la actuación notarial, muy por el contrario, nos encontramos ante una tarea mucho más compleja, sobre todo si queremos efectuar una preconstitución probatoria robusta. Entonces, dependiendo de los recaudos técnicos que se adopten, podrá arrojar una prueba con mucha, mediana, poca o nula eficacia.

Es así que propiciamos, para la gran mayoría de los casos, la intervención de un perito informático que supervise la legalidad técnica del procedimiento, como así también el resguardo y el asentamiento de información vital para que el reconocimiento judicial tenga plena relevancia probatoria.

Cuando un funcionario explora datos virtuales para verificar su existencia, atento a la fragilidad del formato, el desconocimiento sobre su origen y el peligro latente de que este se halle adulterado, debe adoptar recaudos técnicos mínimos e imprescindibles, propios de otras especialidades, para darle robus-

<sup>10</sup> KIELMANOVICH, Jorge. Teoría de la prueba y medios probatorios, cuarta edición, ampliada y actualizada, Rubinzal — Culzoni Santa Fe, 2010, p. 87.

<sup>11</sup> BIELLI, Gastón Enrique — ORDOÑEZ, Carlos. "La instrucción civil, la preconstitución de prueba electrónica y su incorporación al proceso por parte del abogado", en BIELLI, G. E. — ORDOÑEZ, C. J. - QUADRI, G. H. (Dir.), Tratado de la Prueba Electrónica, Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, p. 715.

tez a este medio probatorio y transmitir, en consecuencia, una mayor confianza o seguridad.

A su vez, ya la doctrina especializada ha agregado, oportunamente, que es necesario tomar ciertos recaudos para que dicha acta sea un medio de prueba válido. Se recomienda seguir y hacer detallar al notario los pasos mínimos previstos por la informática forense, que son: 1) adquisición; 2) preservación; 3) obtención, y 4) presentación. Y para procurar esto, como complemento, será necesario el informe de un perito en informática forense, conforme el acta notarial puede incluir un acta técnica o informe del experto presente en el acto de constatación, que contenga los siguientes datos: datos filiatorios del investigador, identificación de los medios magnéticos examinados, identificación de la plataforma empleada para la obtención de la evidencia (*hardware* y *software*), explicación sucinta del procedimiento técnico realizado, nombre del archivo de destino, algoritmo de autenticación y resultado (*hash*)<sup>12</sup>.

En sentido similar, Molina Quiroga destaca que el escribano dará fe de lo que ve en pantalla, pero mal puede asegurar que el documento que observa proviene de determinada persona, o que su contenido coincida con el que se ha remitido originalmente. Su valor probatorio, por tanto, es verdaderamente escaso, siempre que fuere negado por la parte contraria<sup>13</sup>.

Hasta aquí, y conformado el esbozo teórico, pasaremos a analizar algunos antecedentes jurisprudenciales donde se valoró la eficacia jurídica del acta notarial, como metodología preconstitutiva de prueba electrónica, a fin de dilucidar conflictos suscitados en el mundo virtual.

#### 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En los siguientes precedentes jurisprudenciales, veremos que los magistrados han exhibido distintas posturas en torno a la eficacia probatoria de estas actas notariales, algunos con una mirada mucho más permisiva y flexible, aunque no tan técnica, otros fueron mucho más rigurosos y sacramentalistas, y también tenemos posiciones intermedias, como veremos a continuación.

##### *4.1. Sobre la idoneidad técnica del notario. Fallo "Biggest Bank SA c. Corporate Business Solutions SRL"*<sup>14</sup>

El precedente en comentario se originó en una publicación efectuada por la firma demandada en la página web [www.cbs.com.ar](http://www.cbs.com.ar), de una serie de imá-

<sup>12</sup> BES, Damián. "Prueba digital y su inclusión en el procedimiento laboral", La Ley 2015, A Cita Online: AP/DOC/214/2015.

<sup>13</sup> MOLINA QUIROGA, Eduardo: "Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas" — [elDial.com](http://elDial.com) del 18/7/2013 — DC1AED

<sup>14</sup> CNCiv., sala A, 21/05/2008, "Biggest Bank SA c. Corporate Business Solutions SRL".

genes cuya titularidad le pertenecía a actora, en razón de ser licenciataria para la República Argentina de la empresa Tony Stone Images/Chicago Inc., del Grupo Getty Inc., y por la cual no se habría efectuado pago alguno.

La accionada encauzó su defensa sosteniendo que, si bien es titular del dominio de la página web, su diseño fue encargado a un experto en la materia y que no se utilizaron imágenes con derechos registrados en el referido sitio. Asimismo, señaló que el acta notarial labrada por la escribana, en la cual se pudo verificar la existencia de la publicación, es inidónea para tal fin.

Concretamente, una de las discusiones planteadas era si se puede reputar a la escribana dotada de la idoneidad necesaria para verificar la existencia de las imágenes que aparecieron en la página de internet de la firma demandada, pues la fe debida a la palabra del oficial público no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído, por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones.

Los magistrados afirmaron que “[e]l acto que aquí se califica como un ‘proceso técnico complejo’ que resultaría uno de los hechos inidóneos como objeto de dación de fe (v. fs. 233 vta.) es la conexión a internet. Pero basta con advertir que ese acto lo realiza a diario hasta un niño de 4 años para concluir en la inexactitud de esa afirmación. No veo qué puede tener de complejo conectarse a Internet a estas alturas, cuando basta con hacer un *click* en la computadora (ahora hasta puede hacérselo de un teléfono celular u otros aparatos electrónicos) para acceder a la red. De allí que sea francamente inadmisibles sostener que un escribano carece de idoneidad para conectarse a Internet, siendo irrelevante que en el acta no se hubiera indicado en qué lugar se hizo la conexión, sobre qué aparato electrónico, en qué máquina se imprimieron las hojas que dieron cuenta del uso de las imágenes ni quién usó la computadora u otro elemento, porque lo cierto es que la escribana estaba presente cuando se accedió a la red y las imágenes pasaron ante su vista...”

Además, enfatizaron que no es razonable hacer pesar sobre el demandante una exhaustiva investigación para corroborar que nadie hubiere cambiado la dirección IP. Concluyendo que si en la página cuyo dominio pertenece a la empresa demandada había imágenes cuyos derechos patrimoniales correspondían a la actora, debe presumirse que la emplazada explotaba su uso y corría por su cuenta demostrar que un tercero adulteró el sistema, sea ingresando esas imágenes en la página, redireccionando el nombre de dominio a otra dirección IP o utilizando otro mecanismo técnico que no le sea imputable a la empresa accionada.

#### *4.2. Sobre la suplantación del medio probatorio. El fallo “P. C. L. c. L. M. G. s/ acción compensación económica”*

El fallo en comentario se trata de una sentencia dictada por Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón,

sala 2<sup>a</sup>, del 20/05/2021, en el marco de los autos caratulados “P. C. L. c. L. M. G. s/ acción compensación económica”.

En dichas actuaciones, la parte accionada planteó la caducidad de la compensación económica establecida en el expediente, conforme se argumentó que se había producido el cese de la convivencia entre las partes en litigio y que la parte actora accionó de manera extemporánea.

En primera instancia, y según surge de lo establecido en el resolutorio, la jueza decidió desestimar el planteo de caducidad intentando, conforme no consideró que los plazos para accionar se hubieran encontrado caducos.

Dicha resolución motivó la interposición de un recurso de apelación por parte del demandado, que fue concedido en relación.

Arribados los autos a la Cámara, los magistrados resuelven que no se dio con la situación que establece el art. 525 del Cód. Civ. y Com., el cual refiere que “la acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el art. 523”. Y, sobre esta última remisión efectuada, el inc. g) del art. 523 menciona la causal “...por el cese de la convivencia mantenida...”.

En los fundamentos del fallo se menciona la existencia de un elemento probatorio particular. Nos referimos a conversaciones originadas por mensajería instantánea mediante la aplicación WhatsApp que incorporó oportunamente la parte demandada, mediante acta notarial, a fin de fundamentar su postura. Allí se plasmaron determinados mensajes que, según surge del texto del fallo, el propio demandado iba exhibiendo al notario.

Sobre el particular, los jueces establecieron que dicha incorporación probatoria “no puede implicar sustituir el medio probatorio idóneo y, de este modo, eludir las posibilidades de contralor de la otra parte” y aclarándose que debió “acudirse al medio probatorio específico”, es decir, “el aporte documental a este proceso y, en su caso, la pericial o el reconocimiento judicial del aparato respectivo”.

Se mencionó que no existía “ninguna razón de peso que hubiera ameritado acudir al acta notarial en lugar de, por ejemplo, al reconocimiento judicial, donde la contraria sí podía haberse defendido (art. 478, Cód. Proc. Civ. y Com.) o lo mismo si hubiera activado el medio pericial (arts. 472, 473 y ceds. Cód. Proc. Civ. y Com.)”.

Para los jueces, se violentó “el principio de especificidad de los medios de prueba y, por esta vía, se condicionan las posibilidades de defensa de la contraparte, aportando una visión parcializada (y semidirigida por una de las partes) de la conversación que se pretende documentar”.

Aunque, de todas formas y, según nuestra mirada, de manera correcta, se procedió a valorar el contenido del elemento probatorio.

Conforme a los antecedentes enunciados, se decidió confirmar la resolución apelada.

### *4.3. Actas notariales y ausencia de pericia informática*

#### *4.3.1. El fallo “Llopart”*

El 1 de junio de 2017, la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la Provincia de Mendoza dictó sentencia en los autos “Llopart, Ricardo J. c. Lombardich, Luis y otros s/ hábeas data”, expte. nro. 253.184/52.190, concediendo valor probatorio a los intercambios comunicacionales generados entre las partes intervinientes a través de la plataforma denominada WhatsApp.

En el marco de una causa judicial, la controversia giró en torno al cobro de honorarios por servicios prestados que la parte actora —corredor inmobiliario— le reclamaba a la demandada, con relación a la compraventa de un bien inmueble, siendo que en dicho proceso se presentó, como elemento probatorio, una serie de mensajes intercambiados entre las partes a través de mails y mensajería instantánea, habiendo sido ellos protocolizados notarialmente, con la asistencia de un especialista técnico, e incorporados al expediente judicial como prueba documental, con el objeto de formar convicción en el juzgador sobre tres cuestiones: a) la existencia de la intermediación invocada, b) para establecer el monto de la transacción, c) para establecer el monto de los honorarios correspondidos en atención a las labores efectuadas.

La sentencia del juez de primera instancia hizo lugar a lo peticionado por el actor, pero en forma parcial, siendo que se consignó un monto menor sobre el inmueble que el pretendido a los efectos de determinar los honorarios por las tareas realizadas, todo conforme, según el magistrado, no se vislumbraban otros elementos probatorios que proporcionaran certeza en que se hubiera pactado originariamente un monto mayor.

Contra lo así dispuesto, se alzó la actora con relación al decisorio del juez de primera instancia, fundamentado en que no se efectuó una correcta valoración del material probatorio aportado, entre lo que se incluía el intercambio de *emails* y WhatsApp con el demandado certificados mediante acta notarial, y desde donde surgía con claridad que el monto pactado originariamente entre el comprador y el agente inmobiliario con relación al inmueble era mucho mayor.

Finalmente, haciendo una valoración íntegra de las fuentes probatorias aportadas, la Cámara tuvo por cierto que el valor del inmueble era el denunciado por el actor; así surgía de los intercambios telemáticos electrónicos acompañados por esa parte y, en razón de ello, se hizo lugar al recurso interpuesto, efectuándose el cálculo de los honorarios debidos sobre la base de la valuación pactada en dichos intercambios comunicacionales.

Aclaremos que en el mencionado proceso no se realizó una prueba pericial informática mediante la actuación de un perito designado, sino que la cuestión existente sobre prueba electrónica se resolvió por la mera incorporación del acta notarial (eso sí, confeccionada con la asistencia de un especialista técnico), entre otros elementos que convergieron en el caudal probatorio del pleito.

#### 4.3.2. El fallo “*Perticarari*”

Con el objeto de finalizar este breve análisis jurisprudencial, nos referiremos al fallo “*Perticarari, Marcela B. y otro c. La Red Informativa SRL y otro s/ CP*”, de la Cámara Laboral de Santa Fe, sala II, del 16/09/2016, donde efectivamente se analizó la eficacia jurídica y probatoria de actas notariales sobre contenidos generados en el medio virtual, frente a la ausencia de pericias informáticas debidamente solicitadas por las partes.

Pues bien, el presente resolutorio se originó en el marco de un despido producido sobre dos trabajadores de la empresa Red Informativa SRL.

Según el relato de los hechos, ambos actores realizaron comentarios agraviantes contra sus superiores en la red social Facebook que llegaron a conocimiento de estos últimos.

Consecuentemente, a fin de fundamentar el distracto con justa causa, la empresa recurrió a la asistencia de un notario con el objeto de certificar la ocurrencia de tales declaraciones. Y, una vez realizada la diligencia, se procedió con el despido.

Para los actores, la disolución del vínculo laboral se produjo sin justa causa, lo que motivó, luego del correspondiente intercambio telegráfico, el inicio del pleito.

En primera instancia, se rechazó la demanda incoada, considerándose que el despido fue emitido con justa causa y admitiéndose a la mencionada acta notarial como una prueba fundamental a fin de llegar a dicha conclusión.

La parte actora apeló la sentencia.

Arribados los autos a la Cámara, los magistrados, luego de un análisis del caudal probatorio generado, consideraron que el distracto se produjo sin justa causa, esencialmente en atención a considerar como insuficiente la certificación notarial, ante la ausencia de una pericia informática que la complementara en debida forma.

Sobre el particular, sostuvieron los magistrados de la Cámara que, “...salvo que se trate de instrumentos emitidos bajo el régimen de firma digital y amparados por ende por la presunción legal de autenticidad (art. 7º y ss. de la ley 25.506; art. 288 del Cód. Civ. y Com.), se impone a quien pretende valerse del instrumento en soporte digital la carga de probar lo que Xabier Lluch denomina ‘el triple test de admisibilidad’ del documento electrónico, configurado por la verificación de su autenticidad, integridad y licitud’ (Lluch, Xabier Abel, ‘Derecho probatorio’, Bosch Editor, Barcelona, 2012, p. 941. Esto es, aclara el profesor catalán: 1) la identificación del autor a través del equipo del que procede (con el bemol de que la identificación del ordenador en que se ha generado no necesariamente implica la del sujeto remitente del texto o que confeccionó el documento, si fuera del caso que podían acceder al mismo varias personas); 2) la conservación de la exactitud o integridad, referida ya al contenido del documento, el que al carecer de existencia autónoma y depender de un soporte, es menos fiable que el instrumento escrito en punto a la producción de

alteraciones que no pueden detectarse sino mediante una pericia informática (cita a De Urbano Castrillo, E., 'Valoración de la prueba electrónica', Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 52); 3) la licitud de la obtención o captura, en tanto no debe haberse accedido al documento electrónico (o al soporte físico en su caso) violando derechos fundamentales de la parte a quien intenta oponerse)".

Prosiguieron al establecer que "...el procedimiento implementado por la demandada no supera el umbral en los otros dos aspectos del 'test de Lluch', dado que la constatación notarial sobre la captura de pantalla no asegura ni la autenticidad ni la integridad del documento que sirvió de exclusivo fundamento para despedir".

Es decir, ante la ausencia de una prueba pericial informática que venga a complementar las falencias propias de la certificación notarial, "no cabe adjudicar a las transcripciones acompañadas la eficacia pretendida para justificar un despido". Es así que se resolvió hacer lugar parcialmente al recurso de apelación esgrimido por la parte actora, en lo atinente a lo aquí tratado.

Como se vislumbra, los magistrados pusieron en evidencia los límites de la constatación notarial, conforme se sostuvo que un escribano puede dar fe de lo que observa, pero no de cómo y dónde se originó ese contenido, quién lo creó, cuándo, con cuál dispositivo, a dónde lo envió, etc. Tampoco puede dar fe acerca de si el contenido es original, ha sido o no alterado <sup>15</sup>.

#### *4.4. Actas notariales e ilicitud de la prueba. El fallo "L. M. C. c. R. R. F. s/ divorcio vincular con causa"*

La sala II de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, con fecha 30/12/2014 <sup>16</sup> en el marco de un proceso de divorcio, desestimó el valor probatorio de un acta notarial presentada a los fines de acreditar la causal de adulterio invocada por la actora.

Para así decidirlo, los sentenciantes sostuvieron: "...Coincido con la sentenciante de primera instancia respecto a que el acta notarial de fs. 134/135 encuadra en la especie prueba ilícita, por lo que en virtud del principio de la ineficacia de la prueba ilícita no puede ser considerada como medio probatorio [...]. No existiendo prueba de que el teléfono celular de propiedad del demandado —extremo reconocido por la actora— haya sido entregado voluntariamente por aquel, las constancias obrantes en el equipo telefónico no pueden ser consideradas por el tribunal desde el momento que la incertidumbre

<sup>15</sup> DI IORIO, Ana Haydee. — CONSTANZO, B. — ALGIERI, Lucia. — CISTOLDI, Pablo. — PODESTA, Ariel. — LAMPERTI, Sabrina. "Sobre la relevancia de la prueba pericial informática", en BIELLI, Gastón Enrique. — ORDOÑEZ, Carlos. - QUADRI, Gabriel Hernán (Dir.), Tratado de la Prueba Electrónica, Editorial Thomson Reuters — La Ley, Buenos Aires, 2021, Tomo II, pág. 151.

<sup>16</sup> CCCLM Sala II, Neuquén, Neuquén; 30/12/2014; Rubinzal Online; 33881/2007; RC J 651/15.

respecto del modo de adquisición de la información —cuya inviolabilidad se encuentra amparada por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional— torna a la prueba en ilícita, toda vez que su obtención, presumiblemente, puede responder a la perpetración de delitos (art. 153, Código Penal)...”.

En tal precedente, el demandado expresamente negó haber entregado voluntariamente su equipo celular, alegando que había sido sustraído sin su consentimiento para realizar la actuación notarial.

## CONCLUSIONES

De este breve análisis, queda de manifiesto que las actas notariales son usadas frecuentemente para la documentación de fuentes probatorias de origen electrónico. Más allá de los puntos fuertes y de los puntos endebles de estos instrumentos, no podemos negar que actualmente forman parte de la praxis diaria de los profesionales que acuden a los estrados judiciales a ventilar sucesos acaecidos en mundo digital.

Este escenario genera, sin dudas, un gran desafío para todos sus operadores, pues en esta cruzada se entrelazan las labores de los abogados liberales, escribanos, peritos informáticos y jueces.

El trabajo interdisciplinario y mancomunado con un perito informático aparece como un recurso clave a la hora de constituir un instrumento robusto, por cuanto los aspectos técnicos que necesariamente deben rodear este tipo de constataciones exceden a la especialidad del notario.

De igual manera, cualquiera fuere el supuesto, debe tenerse bien en claro que el funcionario únicamente puede dejar constancia de lo que perciben sus sentidos, y no así de integridad del documento constatado, ni tampoco de su autoría. Obviamente, nada impide que en el detalle de los elementos constatados se deje constancia de ciertos aspectos que pudieren resultar sumamente relevantes, *a posteriori*, a la hora de determinar si se está en presencia de un contenido apócrifo o susceptible de ser imputado a una o más personas.

Asimismo, es importante conocer que la recepción jurisprudencia de este tipo de actas no ha sido del todo uniforme, existiendo pronunciamientos en que se hace hincapié en la necesidad ineludible de la realización de una prueba pericial informática.

Más allá de que no compartimos íntegramente esta última postura, ni tampoco su aplicación generalizada, es claro que es una variable a tener en cuenta al momento de presentar en juicio un acta notarial de constatación de contenido digital.



# TECNOACTIVISMO PROBATORIO: ENTRE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD Y EL RESGUARDO DE LA DEFENSA EN JUICIO

Por GABRIEL H. QUADRI \*

## Resumen

*Este trabajo apunta a identificar en qué consiste la corriente procesal que ha dado en llamarse tecnoactivismo, cómo se ha ido expandiendo en la práctica y cómo juega dentro de los postulados esenciales del derecho probatorio.*

*Fundamentalmente, y partiendo de la base de que muchas juezas y jueces han venido adoptando una postura tecnoactivista en los últimos tiempos, procuraremos determinar cómo impacta esto en la cuestión de la prueba de oficio, en el ejercicio del derecho de defensa en juicio y cómo se contextualiza con algunos principios probatorios fundamentales, como el de necesidad de la prueba y el de especificidad de los medios probatorios.*

*El propósito del trabajo es —dando por sentada la adopción de posturas tecnoactivistas en la práctica judicial— profundizar en la contextualización de esta corriente con varios de los institutos fundamentales del derecho probatorio, aclarando que —sin perjuicio de alguna referencia puntual al ámbito penal— estas reflexiones operan en el ámbito de los procesos civiles, comerciales y afines (familia, laboral, contencioso administrativo, etc.).*

## Palabras clave:

*Derecho procesal, prueba de oficio, prueba electrónica, tecnoactivismo, defensa en juicio.*

\* Abogado. Doctor en Ciencias Jurídicas (UMSA). Director Honorario Instituto de Derecho Procesal Civil, Colegio de Abogados de Morón. Director y autor en múltiples obras colectivas e individuales de derecho procesal. Ganador del premio Accésit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por la obra *La prueba en el proceso civil y comercial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.

## EVIDENTIARY TECHNOACTIVISM: BETWEEN THE SEARCH FOR TRUTH AND THE PROTECTION OF THE DEFENSE AT TRIAL

### **Abstract:**

*This work aims to identify what the procedural current that has come to be called technoactivism consists of, how it has been expanding in practice and how it plays within the essential postulates of evidentiary law.*

*Fundamentally, and on the basis that many judges have been adopting a techno-activist position in recent times, we will try to determine how this impacts on the question of ex officio evidence, on the exercise of the right of defense in trial and how it is contextualized with some fundamental evidentiary principles, such as the need for evidence and the specificity of evidentiary means.*

*The purpose of the work is —taking for granted the adoption of techno-activist positions in judicial practice— to deepen the contextualization of this current with several of the fundamental institutes of evidentiary law, clarifying that —without prejudice to any specific reference to the criminal field— these reflections operate in the field of civil, commercial and related processes (family, labor, administrative litigation, etc.).*

### **Keywords:**

*Procedural law, evidence ex officio, electronic evidence, technoactivism, defense at trial.*

### 1. CONSIDERACIONES INICIALES: LA PRUEBA DE OFICIO

En este primer punto vamos a ocuparnos de la cuestión de la prueba oficiosa, lo que nos servirá como plataforma conceptual para lo que sigue. Lo haremos intentando despojar a este análisis de cualquier consideración de tinte ideológico, siguiendo las ideas de Taruffo, quien ha reclamado la reconducción del problema de los poderes de instrucción del juez dentro de los confines de una correcta discusión científica <sup>1</sup>.

Básicamente, este punto se refiere al *ingreso de prueba al proceso por iniciativa del órgano jurisdiccional*. Hablamos de *facultades instructorias del órgano jurisdiccional* o, indistintamente, de *prueba de oficio*.

Si vamos a las leyes procesales, veremos que esta posibilidad se encuentra regulada en los Códigos.

<sup>1</sup> TARUFFO, Michele, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", Diario La Ley, ejemplar del 9/8/2010, p. 1.

Aludiremos solo al procesal nacional, aunque normas análogas pueden hallarse en la mayoría de los ordenamientos provinciales.

El art. 36 del Cód. Proc. Civ. y Com., bajo el título “Deberes y facultades ordenatorias e instructorias”, establece que, aún sin requerimiento de parte, los jueces y los tribunales deberán ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, explicitando una serie de posibilidades, que cubren casi todo el espectro de fuentes utilizables.

Luego, a lo largo del Código existen más artículos que habilitan la prueba oficiosa (arts. 452, 473, 475, 476 y 479).

Resulta evidente, entonces, que estas medidas *no alterarán las reglas de juego en el procedimiento* pues, al estar expresamente contempladas en los Códigos, son parte de las “reglas del juego”: los litigantes, desde el comienzo, saben que el juez como tercer sujeto del proceso puede contribuir a formar el material de conocimiento de los hechos controvertidos <sup>2</sup>.

En cuanto a su finalidad, bien dice la doctrina que el fundamento de esta iniciativa probatoria oficiosa se encuentra en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, pues es deber de los magistrados dar a cada uno lo suyo y la única manera de lograr dicha misión es asegurando la primacía de la verdad objetiva <sup>3</sup>.

Desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se recuerda que es deber de los jueces asegurar la necesaria prevalencia de la verdad jurídica objetiva y que las medidas para mejor proveer convienen a cualquier elemento del juicio que el tribunal de la causa estime razonablemente necesario a tal fin <sup>4</sup>.

Tienden, de este modo, a obtener a través del proceso la verdad real de los hechos controvertidos <sup>5</sup>.

Ya lo advirtió Parra Quijano: las pruebas de oficio suplen una necesidad psicológica del sujeto que juzga, que cuando empieza a descubrir, tiene necesidad de saber la realidad de los hechos que le sirven de sustento a lo que va a decidir.

Y el profesor colombiano avanza un paso más, al afirmar que no es posible pedirle a un juez que renuncie a su necesidad de información para orientar el proceso cognoscitivo, salvo que se maneje la ideología de que lo importante es dirimir el conflicto sin que interese si ello se logra sobre la verdad o sin ella <sup>6</sup>.

<sup>2</sup> TORRES ELGUETA, Gonzalo, "La iniciativa probatoria oficiosa", LLC 2006-435.

<sup>3</sup> TORRES ELGUETA, Gonzalo, "La iniciativa probatoria oficiosa", cit.

<sup>4</sup> Fallos 290:337.

<sup>5</sup> Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 07/08/2006, "Salvatierra, Horacio Marcelo M. vc. Caruso Compañía Argentina de Seguros S.A. y/u otros s/ Comisiones Iimpagas, etc. s/ Casación Laboral"; C. Lab. y de Paz Letrada Letr. Corrientes, 08/07/2008, "Serrano, Juan Alberto A. vc. W.E.M. Seguridad Empresarial y/u otro", LLL 1238.

<sup>6</sup> PARRA QUIJANO, Ramiro J., Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio, Temis, Bogotá, 2004, ps. 15 y, 17-18.

Como bien se ha dicho, la búsqueda de la verdad material también es tarea de la justicia, pues, en definitiva, no es otra cosa que ir tras los hechos, sin el estudio de los cuales cualquier sentencia pecará, al menos, de arbitraria <sup>7</sup>.

En el XII Congreso Nacional de Derecho Procesal se sostuvo que “el fin del proceso judicial es resolver un conflicto de la forma más justa posible; para ello es esencial el conocimiento de los hechos por parte de quien debe juzgar” <sup>8</sup>.

Por lo demás, en varias ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la adopción de estas medidas no contraviene las garantías constitucionales de la igualdad y de la defensa en juicio <sup>9</sup> o, más genéricamente, que son compatibles con las garantías constitucionales <sup>10</sup>.

Es más: según lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en algunos casos, ni siquiera la actitud negligente de la parte en demostrar los hechos resulta decisiva para obviar toda investigación que, con fundamento en la finalidad misma del proceso judicial y en las atribuciones irrenunciables de los magistrados para acceder al conocimiento de la verdad objetiva, pudiese contribuir a esclarecer los extremos de la controversia <sup>11</sup>.

En otro caso, el alto tribunal indica que la caducidad de determinada prueba no es obstáculo para que los jueces, haciendo uso de las facultades que el código de rito local les concede paralelamente a las obligaciones que pone en cabeza de las partes, la produzcan en busca de la verdad jurídica objetiva <sup>12</sup>.

Es tiempo de detenernos a pensar si la adopción de este tipo de medidas configura una facultad o un deber del magistrado.

A lo largo del tiempo han venido sosteniendo los tribunales que el dictado de este tipo de medidas no configura una obligación legal a cargo del juzgador <sup>13</sup> y que esto constituye una facultad privativa de los jueces <sup>14</sup>, que depende exclusivamente de su arbitrio y de la cual hacen el uso que consideren necesario <sup>15</sup>.

<sup>7</sup> ALETTI, Daniela — BONINA, Nicolás, "La verdad material: ¿mito o realidad?", LL 2006-D, 1043.

<sup>8</sup> XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, "Debido Proceso": Conclusiones (Paraná, 12, 13 y 14/6/2003), JA 2003-III-857.

<sup>9</sup> Fallos 198:95; 212:280; 234:769; 249:203; 245:311 y 290:337.

<sup>10</sup> Fallos 204:583; 243:80; 254:311 y 280:296.

<sup>11</sup> Fallos 304:1265.

<sup>12</sup> Fallos 327:3128.

<sup>13</sup> Sup. Corte Bs. As., 14/5/1996, "Casco, Juan c/ v. A.S.T.A.R.S.A.SA s/ s/cobro", JUBA, sumario B44023.

<sup>14</sup> Fallos 233:181.

<sup>15</sup> C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 15/03/2005, "Otis Argentina S.A.SA c. Estado Nacional s/recurso de queja", y 07/07/2005, "López, Adrián A. y otros c. Geomatter S.A.SA y otros s/recurso de queja", y 21/08/2007, "Hauret, Marcelo Daniel D. y otro c. Osseg s/medida auto-satisfactiva"; C. Civ. y Com. Córdoba, 4ª, 06/11/2006, "Bergero, Rubén R. c. Sasserolli, Rinaldo J. — Sucesión"

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dirá que la facultad de ordenar medidas para mejor proveer no configura una obligación legal que deba observar o imponerse al juzgador <sup>16</sup>.

Se sostiene, en sintonía con ello, que el no uso de ellas no da motivo a queja alguna por parte de los litigantes <sup>17</sup>.

En verdad, la controversia acerca de si se trata de deberes o facultades no es novedosa.

Desde hace mucho tiempo, Sentís Melendo, aun cuando ello no surgía de la exégesis legal, venía señalando que el juez tenía el deber de disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos <sup>18</sup>.

Ya en los tiempos actuales, la evolución del derecho procesal nos brinda un dato que no podemos perder de vista: al reformarse el rito nacional (por ley 25.488) el “podrán” del art. 36 se transformó, ni más ni menos, que en un categórico “deberán”.

Así, se convierte en deber lo que antes era facultad <sup>19</sup>.

Es hora de destacar también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha indicado —hace ya un tiempo atrás— que las facultades instructorias de las que estamos hablando se tornan de irrenunciable ejercicio cuando se está ante prueba decisiva para la solución de la litis <sup>20</sup>.

Así entonces en circunstancias especiales, y cuando se trata de prueba decisiva, será irrenunciable el ejercicio por parte del juez de las facultades esclarecedoras que la ley le ha concedido, tornándolas en deberes de ejercicio y cumplimiento imperativos <sup>21</sup>.

Es que cuando la fuente de prueba se ha manifestado en la litis, ya no puede el juez ignorarla <sup>22</sup>.

No habrá ya facultad ni libertad negativa, dice Morello, sino un deber de ejercicio y cumplimiento imperativo <sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Sup. Corte Bs. As., 7/9/2005, "Montenegro, Jorge Alberto. c/ v. Municipalidad de la Costa s/ Enfermedad accidente" y 22/12/2008, "Berra, Carlos Omar. c/ v. Segovia, Miguel Ángel y otro s/ despido", JUBA, sumario B50047.

<sup>17</sup> Fallos 319:2105

<sup>18</sup> SENTIS MELENDO, Santiago, "La ley 14.237, facultades del juez y materia probatoria", LL 80-809.

<sup>19</sup> OSTROWER, Ricardo A. — SORIA, Santiago, "Reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentarios generales a la reforma", LL 2002-A-1079.

<sup>20</sup> Fallos 302:1611.

<sup>21</sup> ETCHEVERRY DE QUINTABANI, María A., "El juez verificador de los hechos controvertidos y la carga de la prueba como estímulo de la actividad probatoria de las partes", JA 1993-II-773.

<sup>22</sup> FORNACIARI, Mario A., "Actividad esclarecedora del juez en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Deber o facultad)", ED 121-834 a 836.

<sup>23</sup> MORELLO, Augusto M., La eficacia del proceso, 2<sup>da</sup>. Ed. Ampliada, Hammurabi -, José Luis L. Depalma editor, Buenos Aires, 2001, p. 469.

Sería una obligación que debe cumplirse para con la sociedad en general, con el Estado y, fundamentalmente, para el buen prestigio de la función judicial <sup>24</sup>.

Es que si bien la sentencia dictada, sin haberse agotado el esclarecimiento, producirá efectos en el ámbito pequeño del proceso, paralelamente va a repercutir en la comunidad, alterando al alterar sus postulados normativos y sacudiendo a la propia Constitución <sup>25</sup>.

En definitiva: son deberes en el sentido de la obligación que pesa sobre el judicante de buscar la verdad objetiva y de no ejercérselos se dictará una sentencia formal, aparente, inadecuada, que no se conforma con los fines del servicio de justicia <sup>26</sup>.

No abandonamos el punto sin traer a colación la opinión de Sagüés, para quien, en casos como los analizados, se perfilaría un supuesto de arbitrariedad por omisión en la averiguación de los hechos que se configura cuando el magistrado no ha tomado las medidas conducentes para esclarecer los hechos de la causa <sup>27</sup>.

Ahora, una cuestión interesante que se inserta en este contexto es determinar si, por esta vía, el juez puede traer nuevas fuentes de prueba, que no se hubieran manifestado en el proceso.

Para Picó i Junoy es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar), pues solo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos.

Este límite, según el autor, tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes.

Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiende que el juez no puede tener iniciativa probatoria, pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable <sup>28</sup>.

<sup>24</sup> PARRA QUIJANO, Jairo, Manual de Derecho Probatorio, 16ª edición —. ampliada y actualizada, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Bogotá, 2007, p. 197.

<sup>25</sup> FORNACIARI, Mario A., "Actividad esclarecedora", cit. y ETCHEVERRY DE QUINTABANI, María A., "El juez verificador", cit.

<sup>26</sup> CONVERSE, Juan M., "Dos fallos que demuestran que la justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no es ciega", LL 2003-E-751.

<sup>27</sup> SAGÜÉS, Néstor P., Recurso extraordinario, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 707.

<sup>28</sup> PICÓ i JUNOY, Joan, El juez y la prueba, J.M Bosch Editor, Barcelona, 2008, p. 118.

La doctrina autóctona habla del ejercicio de la facultad de verificar los hechos controvertidos *mediante todas las fuentes de prueba que se manifiesten en el proceso* <sup>29</sup>.

Jurisprudencialmente se ha entendido que las medidas para mejor proveer deben estar siempre referidas a pruebas que, como fuentes, están ya en el proceso o que el juez no tiene que descubrir <sup>30</sup>.

En lo que a nosotros respecta, creemos que se trata solo de una limitación práctica, que no surge de norma alguna.

En efecto: en ningún momento las leyes procesales subordinan el ejercicio de estas potestades al hecho de que la fuente se haya manifestado en el proceso. La cuestión es netamente pragmática ya que, por lo común, el juzgador desconocerá la existencia de estas fuentes.

Esta posibilidad de buscar nuevas fuentes (aun no exteriorizadas en el proceso), adquiere otra perspectiva, diversa, cuando nos hallamos frente a evidencia digital disponible de manera pública en la red.

Pero no queremos, al menos por el momento, adelantarnos en la exposición. Dicho todo esto, es tiempo de hablar de prueba electrónica.

## 2. SOBRE LA PRUEBA ELECTRÓNICA: CONCEPTO E IMPORTANCIA

¿De qué hablamos cuando hablamos de prueba electrónica?

Bielli y Ordoñez la definen como aquella prueba cimentada en la información o datos, con valor probatorio, que se encuentran insertos dentro de un dispositivo electrónico o que hubiera sido transmitida por un medio afin, a través de la cual se adquiere el conocimiento sobre la ocurrencia o no de hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos, o cuestionado, y que deban ser invocados dentro de un proceso judicial.

Agregan que técnicamente está constituida por campos magnéticos y pulsos electrónicos, susceptibles de ser recolectados, acreditados, analizados y valorados por aquellos individuos que posean los conocimientos necesarios a dichos fines.

E indican que, en el marco de un proceso judicial, la prueba electrónica tiene por objeto cualquier registro que pueda ser generado dentro de un sistema informático, entendiéndose por este a todo dispositivo físico (computadoras, *smartphones*, *tablets*, CDs, DVD, *pendrives*, etc.) o lógico, empleado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, remitir o guardar a dichos registros, que,

<sup>29</sup> ETCHEVERRY DE QUINTABANI, María A., "El juez verificador", cit.

<sup>30</sup> C. Civ., Com., Trab. y de Familia Villa Dolores, 23/12/1997, "Peano, Nilda D. c. La Novedad S.A.SA", LL 1999-C-, 749 - LLC 1999-293.

producto de la intervención humana u otra semejante, han sido extraídos de un medio informático <sup>31</sup>.

Sentado todo ello, Falcón ha expresado que no existe un modelo de diversidad de la prueba informática, aunque paralelamente el lúcido procesalista reconoce que ella puede tener particularidades propias, como cualquiera de las materias <sup>32</sup>.

En efecto, la doctrina ha venido afirmando que la prueba informática presenta características que la hacen en muchos casos más compleja <sup>33</sup>, dado su carácter no ostensible y al tratarse de un medio en cuyo desahogo procesal se han de realizar varias actividades <sup>34</sup>.

La incorporación de la prueba informática dentro del marco de un proceso judicial es de aquellas cuestiones que conllevan una trascendencia significativa tanto como lo es su grado de dificultad para obtenerla, dadas las características insitas que trae aparejadas este tipo de pruebas, las cuales son muy específicas <sup>35</sup>.

A lo que se suman, además, otras complicaciones que trascienden la prueba en sí misma, como la falta de regulación en algunos campos o el desconocimiento de ciertos aspectos técnicos por la generalidad de las personas <sup>36</sup>.

En sintonía con ello se advierte además que, si bien —paulatinamente— la Justicia ha ido considerando a los medios tecnológicos como parte del proceso judicial, esta situación no se ha visto acompañada por cambios significativos en las ciencias jurídicas y en la teoría procesal.

Agregando que la legislación argentina ha avanzado de forma parcial y fragmentaria en la incorporación del fenómeno tecnológico y que los pasos que ha dado hasta ahora no les han permitido a los operadores del derecho moverse con certezas al momento de las decisiones judiciales que implican hechos tecnológicos <sup>37</sup>.

Esto último es indudable: el avance en la materia se ha dado —mayoritariamente— con base en los postulados de la doctrina, de la jurisprudencia y de

<sup>31</sup> BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 1, p. 8

<sup>32</sup> FALCON, Enrique M., Tratado de derecho procesal civil y comercial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2006, T II, p. 1005

<sup>33</sup> GUAHNON, Silvia Viviana y SOMER, Marcela, "El correo electrónico (e-mail) como prueba en los procesos de divorcio", en Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia", Lexis Nexis, n° 41 noviembre-diciembre 2008, pp. 33/41.

<sup>34</sup> DE LA COLINA, Pedro Rafael, "La prueba en el comercio electrónico", en AA.VV. La prueba: cuestiones modernas, MORELLO, Augusto M. (dir.), La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 161

<sup>35</sup> VANINETTI, Hugo A., "Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP", LL 2013-C, 374

<sup>36</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Gonzalo, "La prueba informática", LL 2011-C, 1065

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ ROMEO, Pablo, "Prueba digital: el valor probatorio de los correos electrónicos y chats para ser utilizados en un proceso judicial", Microjuris MJ-DOC-7613-AR | MJD7613

la propia realidad, que impregna de tecnología toda la vida, con el consiguiente impacto en el proceso judicial.

Pero el fenómeno en cuestión no ha merecido (en líneas generales) la correlativa atención del legislador procesal (al menos en el ámbito civil, comercial y de familia).

Porque aun predicando el carácter documental de la información electrónica, parecen necesarias algunas reglas (legales) claras que se refieran a su obtención y presentación en sede judicial <sup>38</sup>.

Es que, si así no se lo hace, el tema se deja librado al criterio jurisdiccional, que —en general— funciona *ex post*; es decir, luego de los hechos.

Con lo cual, se litiga en un contexto opaco, y poco claro, donde la misma cuestión puede llegar a ser abordada de una, dos o más formas diversas.

Lo que venimos diciendo ha sido compartido por la doctrina extranjera, al señalar que el vacío normativo en relación con la prueba electrónica o digital genera dificultades para proponer la prueba, conocer *a priori* el modo de su diligenciamiento, la forma en la que será valorada y su incidencia en los hechos a probar <sup>39</sup>.

A ello se suma, además, el potencial recelo de los operadores jurídicos por apartarse de los esquemas probatorios tradicionales y el temor a lo desconocido <sup>40</sup>.

Y todavía hay más.

El ya referido creciente avance de la computación, articulado con el incesante progreso tecnológico, con la impresionante versatilidad del documento electrónico y con la difusión, cada vez mayor, de una gama casi inabarcable de equipos con potencialidad de captación, generación y almacenamiento de información, hacen que la cuestión informática atraviese nuestra cotidianeidad.

Esto nos lleva a una importante reflexión desde lo probatorio, en tanto las pruebas informáticas podrán plantearse independientemente en el caso en que los hechos jurídicos informáticos sean *los principales de la causa* y también incidir *sobre otro tipo de causa o procesos judiciales* <sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Sobre el tema puede verse SUBIZAR, Marcelo R., "La necesidad de regulación de un medio de prueba específico en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la llamada «prueba electrónica» de mails (sin firma electrónica)", Base de datos Microjuris MJ-DOC-13592-AR | MJID13592 y, mas actualmente, LUZ CLARA, Bibiana, "La necesidad de un protocolo de custodia de la evidencia digital en sede civil y comercial" en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 2, p. 753.

<sup>39</sup> BERMÚDEZ MARTÍNEZ, Daniel, "El derecho procesal civil uruguayo y las nuevas tecnologías. La prueba electrónica y digital en el Uruguay con énfasis en el documento electrónico y el correo electrónico", E.D. 273:815.

<sup>40</sup> NIEVAS, Laura G., "Proceso y nuevas tecnologías: eficacia probatoria del mensaje de datos. Una mirada desde el proceso laboral de la Provincia de Córdoba", Temas de Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Erreius, Febrero 2019, p. 17, Cita digital: IUSDC286376A.

<sup>41</sup> ORTA MARTINEZ, Raymond J. "Las pruebas en el derecho informático" en AA.VV., Derecho de las nuevas tecnologías, RICO CARRILLO Mariliana (coord), La Rocca, Buenos Aires 2007, p. 598

Con esto queremos significar que la cuestión probatoria informática no va a involucrar solo aquellos litigios sobre cuestiones puramente informáticas (v.gr., comercio electrónico) sino también muchos otros ajenos totalmente a tal materia (así, por ejemplo, controversia de familia o derecho del trabajo, accidentes de tránsito, entre otras infinitas posibilidades), lo que también amerita el análisis particularizado del tema.

Así, nos enseña la doctrina que cuando se trata de prueba electrónica, hay múltiples variantes: puede ser necesario *probar un hecho electrónico* (el envío de un correo electrónico) o *probar electrónicamente un hecho* (un mail con el cual una parte reconoce un pago); y también se puede *probar electrónicamente un hecho electrónico* <sup>42</sup>.

De este modo, se abre el abanico de posibilidades y lo electrónico puede terminar impactando en la acreditación de hechos que, lejos de la natividad digital, resulten totalmente ajenos a ella, pero lo digital converja a su demostración.

Hoy en día, cada vez se le está prestando más atención a la creciente generación de datos.

Ya se habla de los datos como el oro del futuro; y es cierto.

En lo que a este trabajo respecta, ha remarcado la doctrina la gran cantidad de información que cotidianamente se genera y, en su caso, acumula electrónicamente en un par de horas en la vida de una persona, con toda su potencialidad probatoria <sup>43</sup>.

Esto es indudable.

No en vano en los últimos tiempos se viene hablando de una *probática basada en datos*, lo cual implica poner énfasis en el viraje de las estrategias probatorias hacia el uso, cada vez más difundido, de la prueba electrónica.

### 3. LA PRUEBA ELECTRÓNICA: DE GÉNEROS, ESPECIES... Y CONSECUENCIAS (JURÍDICAS)

Ahora, y cuando llegamos a este punto, parece necesario volver un poco para atrás e ir clarificando algunas cosas.

Entonces diremos, en primer lugar, que la prueba electrónica es una subespecie dentro de la prueba en general.

Es decir, estaremos ante un mecanismo para la acreditación de las afirmaciones que las partes pudieran haber introducido en el proceso, o de los hechos relevantes (cuando la demostración se permite independientemente de la afirmación de las partes).

O, dicho algo redundantemente, *la prueba electrónica es prueba judicial*.

<sup>42</sup> AA.VV., La prueba electrónica, LLUCH, Xavier A. — PICO I. JUNOY, Joan (dir.), Bosch Editores, Barcelona, 2011, p.26

<sup>43</sup> SANTORO, Hernán P., en AA.VV., La prueba en el proceso civil, DIAZ SOLIMINE, Omar L. (dir.), T I, La Ley 2013, ebook disponible en Thomson Reuters Proview, Cap. 11

Esto trae algunas consecuencias importantes.

Es que, por ser parte del género prueba, *le serán aplicables a la prueba electrónica todos los principios y reglas propios de esta materia* <sup>44</sup>.

Aunque, por tratarse de una especie dentro del género (diferenciada por involucrar cuestiones electrónicas), estos principios y reglas necesariamente van a tener que adaptarse al tópico con el que se está trabajando.

Con esto dicho, podemos encarar el siguiente tramo de la exposición.

#### 4. TECNOACTIVISMO PROBATORIO. UN CONCEPTO

Llegado este punto y si, como se lo ha considerado, a la prueba electrónica le son aplicables los principios y reglas de la prueba en general, aunque con sus adaptaciones, va despuntando una conclusión: *todo lo dicho en cuanto a la recolección oficiosa de pruebas por parte del juzgador, va a ser aplicable en el ámbito de la prueba electrónica*.

Hablando de activismo judicial, ha destacado Peyrano que esta corriente de pensamiento se caracteriza —entre otras formas de expresión— por depositar en manos de los jueces la facultad de dictar pruebas oficiosas o para mejor proveer <sup>45</sup>.

En tal contexto, creemos que es posible hablar de tecnoactivismo judicial en el ámbito de la prueba.

Estaría caracterizado como *el activismo judicial que, además de los medios probatorios clásicos, comienza a aprovechar aquellas posibilidades que le brindan al juez las TICs (tecnologías de la información y comunicación) y así se vale, especialmente, del documento electrónico, en sus diversas variantes*.

Sería, en definitiva, un activismo 2.0, capitalizando toda la flexibilidad y creatividad de este movimiento, como así también la confianza en que el magistrado sabrá manejar estas herramientas sin excesos, desbordes o máculas a la defensa en juicio <sup>46</sup>.

Nos parece justificada esta consideración de una nueva versión de activismo por una razón que explicaremos en el punto siguiente: la creciente disponibilidad de fuentes probatorias a las cuales puede acceder el magistrado tiene potencialidad suficiente como para considerar instalada una nueva versión y generar la necesidad de observar sus diversas facetas desde la atalaya del derecho probatorio.

<sup>44</sup> QUADRI, Gabriel H., en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 2, p. 231.

<sup>45</sup> PEYRANO, Jorge W., "Sobre el activismo judicial", LL 2008-B, 837.

<sup>46</sup> QUADRI, Gabriel H., en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDÓÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 2, p. 326.

Por lo demás, debemos reportar que a medida que se ha ido asentando esta postura, han ido surgiendo también voces críticas, que toman una postura *tecnogarantista* y cuyas objeciones a este temperamento son, en definitiva, las mismas que desde el garantismo clásico se le hacen al activismo en su versión también clásica <sup>47</sup>.

Volviendo al tecnoactivismo, podemos decir que su operatividad se da en el ámbito del proceso civil y aquellos que le son afines (comercial, laboral, de familia, contencioso administrativo, etc.).

Mientras tanto, en los procedimientos penales, podemos encontrar su paralelo en los usos estatales para la investigación de información en fuentes abiertas de datos, conocido en inglés como Open-Source Intelligence (OSINT), que —como reporta la doctrina— es definida como “práctica que conlleva el uso de un conjunto de técnicas y tecnologías que facilitan la recolección de información que se encuentra disponible públicamente, como pueden ser textos, imágenes, videos, audios, e incluso datos geoespaciales”, o también como el proceso de “identificación, recolección, estructuración, sistematización, y análisis de información que se ofrece sin restricciones, llevado a cabo por agentes de las fuerzas de seguridad, finalizado a cumplir tareas de prevención general o investigación penal” <sup>48</sup>. Quizás el distingo fundamental sea que en el caso del proceso penal hablemos de investigación y en el supuesto que venimos hablando nos refiramos a la prueba, es decir a la confirmación de lo afirmado (que presupone la previa investigación, para afirmar).

Se advierte, así, el impacto de la tecnología en lo probatorio y, fundamentalmente, el fenómeno que implica la disponibilidad de información en la red, se expande en los distintos contextos.

Pero volvamos al tecnoactivismo en el ámbito civil, que es de lo que nos estamos ocupando aquí.

Si exploramos sus usos prácticos advertimos que —en algunos casos— se ha utilizado información existente en redes sociales para analizar las relaciones entre partes y testigos <sup>49</sup>, destacando —en relación con el uso de nuevas tecnolo-

<sup>47</sup> Sobre el tema puede verse FORNETTI, Omar E. - GATICA, Gonzalo J., "El activismo procesal tecnológico y el debido proceso legal -Una historia de 'Black Mirror' judicial-", elDial.com del 18/10/2019; FRASSI, Martín E., "El tecnoactivismo judicial y la consecuente vulneración de principios - garantías constitucionales y procesales, -Comentario al fallo "Fleitas, Olga Esther c/ Empresa del Oeste S.A. y otros s/ Daños y Perjuicios de la Cámara Civil y Comercial de Morón"-, elDial.com - DC27D3 y, más actualmente, NAVARRO, Gastón A., "El Tecnogarantismo procesal, la prueba y demás actuaciones electrónicas" en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 2, p. 379 y siguientes.

<sup>48</sup> WERNER, Matías B. en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T 3, p. 255.

<sup>49</sup> C. Nac. Civ., sala H, 17/11/2017, "López Gilda Luciana c/ Revollo Chávez Juan y Otros s/daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala G, 15/8/2018, "Nastri, Pablo Hernán y otros c/ Antoni,

gías— que el juez dispone de la facultad de admitir, ordenar, valorar e interpretar distintos elementos de prueba que le permitan formar su convicción de los hechos alegados por las partes<sup>50</sup>; incluso en algún caso, en el cual llegaba cuestionada una declaración testimonial por sostener la amistad entre testigos y partes, adjuntando al efecto fotografías extraídas de Facebook, la Cámara convoca al testigo a brindar las explicaciones del caso, mediante una medida para mejor proveer<sup>51</sup>.

A los mismos fines (valoración de la testimonial) algunos juzgados han acudido, oficiosamente, a la base de datos del Renaper con el objeto de comparar domicilios de partes y testigos (cuando coincidían)<sup>52</sup>.

Otro lugar muy común en materia de tecnoactivismo, es la utilización de Google Maps e incluso de Google Street View<sup>53</sup>.

Así se ha empleado la herramienta para comprobar la distancia entre arterias<sup>54</sup> o entre el domicilio de los diversos testigos y el de las partes<sup>55</sup>, para analizar las características de la zona del accidente<sup>56</sup>, el caudal circulatorio

---

Nicolás Mariano y otros s/ daños y perjuicios" y "Antoni, Nicolás Mariano c/ Natri, Pablo Hernán y otros s/ daños y perjuicios".

<sup>50</sup> C. Nac. Civ., sala B, 7/2/2014, "Abalo, Ariel Gastón c/ Blanco Silvia Isabel s/ daños y perjuicios".

<sup>51</sup> C Ap. Gualaguaychu, sala II Laboral, 8/11/2019, "Alarcón, Jesús Máximo C/ Arosteguy, Graciela s/ cobro de pesos y entrega de certificación laboral s/incidente de inidoneidad de testigo"

<sup>52</sup> Juzg. Civ. y Com. Nro. 3 Mar del Plata, 16/12/2021, "Otero Gonzalo Ariel Y Otro C/ Carvalho Juan Manuel y Otro S/ Daños Y Perj. Autom."

<sup>53</sup> Juzg. Nac. Civ. 34, 18/4/2017, "N., P. H. Y OTROS C/ A., N. M. Y otros s/ daños y perjuicios" y su acumulado "A., N. M. C/ N., P. H. y otros s/ daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala L, 29/8/2018, "E.G.E. c/ L.P.C. y otro s/ daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala C, 27/12/2018, "Lagos Mónica Florencia c/ Alejo Enrique y otros s/ daños y perjuicios", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-121306-AR|MJJ121306|MJJ121306; Cam. Nac. Civ., sala B, 11/4/2019, "Estévez, Cynthia Edith y otro c/Expreso Esteban Echeverría S.R.L. y otros s/daños y perjuicios"; Tribunal de Gestión Judicial Asociada en lo Tributario de Mendoza, 12/11/2020, "Caja Forense c/ Mathieu Claudia María s/ apremio", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-129391-AR|MJJ129391|MJJ129391.

<sup>54</sup> C. Nac. Civ., sala C, 27/12/2018, "Lagos, Mónica Florencia C/ Alejo, Enrique Y Otros S/ Daños Y Perjuicios".

<sup>55</sup> Juzg. Nac. Civ. 110, 31/10/2017. "Moran Diego Ezequiel c/ Vargas Raúl Javier y otro s/ Daños y perjuicios", computando la Cámara también este dato (C. Nac. Civ., sala D, 4/4/2019, "Moran Diego Ezequiel c/ Vargas Raúl Javier y otro s/ Daños y perjuicios")

<sup>56</sup> C. Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1º, 20/10/2016, "Alsina, Mauro Ariel c. Constanzo, Luciano Hernán s/ daños y perjuicios" y 24/4/2018, "Bonfigli, Matías Jesús c/Alende, Sergio Fernando s/daños y perjuicios", Erreius Cita digital: IUSJU029962E; Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial Común De Concepción, 06/12/2016, "Paz, Carlos S. c. Muruaga, Rossana D. y otro s/ daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala M, 30/5/2017, "Godoy, César Ramón y otros c/Espina, Marcelo y otros s/daños y perjuicios", 13/10/2017, "Monturano, Claudio Gastón y otro c. De Seta, Olga y otros s/ daños y perjuicios" y 14/3/2018, "Hermosilla, Elizabeth c/Aguilera, Andrés Adrian y otros s/daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala I, 6/6/2019, "López, Daniel Alejandro c/Autopistas Urbanas SA s/daños y perjuicios", Erreius Cita digital: IUSJU042501E; C. Civ. Y Com. Bahía Blanca, sala 2º, 16/4/2019, "Bec, Juan Ignacio c/Mercado, Susana Jaquelina y otro s/daños y perjuicios", Erreius Cita digital: IUSJU039086E; Juzg. Nac. Civ. 101, 10/9/2015, "Escobar Elba Elena y otro c/Transportes Metropolitanos General San Martín y otros s/daños y perjuicios" y "Dimotta Jesús Ramón c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otros s/daños y perjuicios"; Juzg.

en las calles <sup>57</sup>, la existencia o no de semáforos <sup>58</sup> (aunque en algún caso se lo desestimó por no ser la información obrante en la aplicación contemporánea al hecho <sup>59</sup>), para corroborar la planimetría efectuada en las actuaciones penales <sup>60</sup>; para contextualizar los dichos de los testigos <sup>61</sup> o evaluar su credibilidad <sup>62</sup>; igualmente, para plasmar, en el expediente, imágenes de la intersección donde ocurrió el hecho <sup>63</sup> (que incluso se incorporan a la sentencia <sup>64</sup>), del mismo modo —y también con incorporación de imágenes— en el caso de un accidente naval, para analizar el ancho del río en un lugar específico <sup>65</sup>; también, para analizar distintos recorridos desde un lugar a otro y tiempos que puede insumir la circulación por cada uno de ellos <sup>66</sup>; en otros casos, se la usa para dejar constancia de la existencia de establecimientos comerciales <sup>67</sup> o el estado de una propiedad <sup>68</sup>.

Es más, hasta los superiores tribunales de provincia lo han usado indicando que “la existencia de medios tecnológicos eficaces y eficientes, como el del caso, el juez debe tener presente cuando a través de los sentidos —como

---

Nac. Civ. 3, 9/8/2017, "Coronel, Gladys Liliana y otro c/ González, Víctor Daniel y otros s/ daños y perjuicios" y 13/12/2017, "Foschiatti, Raúl César c/ Alfonsín, Eduardo y otro s/ daños y perjuicios"; C. Nac. Civ., sala B, 11/4/2019, "Estévez Cynthia Edith y otro c/ Expreso Esteban Echeverría S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-121381-AR|MJJ121381|MJJ121381

<sup>57</sup> C. Nac. Civ., sala M, 19/8/2020, "Muñoz Nilda Elizabeth c/ Agüero Mario Alejandro s/ daños y perjuicios", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-127959-AR|MJJ127959|MJJ127959

<sup>58</sup> Juzg. Nac. Civ. 3, 28/3/2018, "Elizalde, Gonzalo Ezequiel c/ Leiva Proto, Cesar y otro s/ daños y perjuicios"; confirmado por C. Nac. Civ., sala L, 29/8/2018, "Elizalde, Gonzalo Ezequiel c/ Leiva Proto, Cesar y otro s/ daños y perjuicios"

<sup>59</sup> C. Nac. Civ., sala A, 27/9/2018, ", "O., Y. S. Y OTRO c/ H., M. Y OTRO s/daños y perjuicios"

<sup>60</sup> C. Civ. y Com. Junín, 6/8/2019, "Reyes, Juan Carlos y otros c/Mandarini, Alberto Luján y otros s/daños y perj"

<sup>61</sup> C. Nac. Civ., sala M, 19/8/2020, "Muñoz Nilda Elizabeth c/ Agüero Mario Alejandro s/ daños y perjuicios", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-127959-AR|MJJ127959|MJJ127959

<sup>62</sup> C. Nac. Civ., sala I, 5/6/2020, "Molina de Rivero, Estela del Valle c/ AySA s/ daños y perjuicios"

<sup>63</sup> Juzg. Nac. Civ. 97, 7/9/2015, "Lucero Cristian Ángel C/ Lucci Roberto Omar Y Otro S/ Daños Y Perjuicios"

<sup>64</sup> Juzg. Nac. Civ. 52, 22/3/2017, "Cañete Ricardo Matias C/ Pellegrino Verónica Mabel Y Otro S/Daños Y Perjuicios"

<sup>65</sup> C. Civ. y Com. San Isidro, sala 1ª, 2/12/2019, ""Lavalle, Ana Irene y otro c/ Bernal, Horlando y otro s/ daños y perjuicios", Base de datos Erreius, Cita digital:IUSJU075106E

<sup>66</sup> C. Nac. Trab, sala I, 29/12/2020, "Casco José Luis c/ Com. Priv. S.R.L. y otros s/ despidos", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-130185-AR|MJJ130185|MJJ130185

<sup>67</sup> Juzg. Nac. Civ. 34, 11/12/2017, "De Lillo Marcelo Daniel C/ Della Torre Fernando Rubén y Otro S/Daños y Perjuicios"

<sup>68</sup> C. Nac. Civ., sala J, 6/4/2018, "Salem, Gabriel Ángel y otro c/Zelenay, Susana Malvina s/cobro de sumas de dinero", Cita digital: IUSJU058715E; C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª,4/9/2019, "Kiricos, Carmen Inés C/ Esteban, Ernesto Carlos Y Ot. S/ Servidumbres"

la vista— resulta indispensable para comprobar o ratificar el estado de cosas requerido observando aquello que necesita saber”<sup>69</sup>.

También tenemos casos de compulsión oficiosa y recolección de información en distintos sitios web<sup>70</sup>, lo que es de mucha utilidad en materia de familia<sup>71</sup>, donde la postura tecnoactivista se potencia en virtud de lo establecido por el art. 709 del Cód. Civ. y Com. Incluso tanto en jurisprudencia extranjera<sup>72</sup>, como en fallos locales<sup>73</sup> (hasta de Superiores Tribunales de Provincias<sup>74</sup>), podemos hallar órganos jurisdiccionales abrevando en Wikipedia, lo cual también genera una problemática interesante.

## 5. TECNOACTIVISMO. CUESTIONES DE DERECHO PROBATORIO

Tal como lo advertíamos al principio, podrá advertirse la creciente expansión en el uso de este tipo de información en las resoluciones judiciales.

<sup>69</sup> Sup Trib. Corrientes, 28/8/2019, "Bongers, Enrique Rodolfo c/Virasoro Maderas SRL y/o Infovir SRL y/o quien resulte responsable s/sumario", Cita digital: IUSJU043885E

<sup>70</sup> Cám. Nac. Civ., sala H, 3/12/2015, "O., P. L. c/Google Inc. s/daños y perjuicios"; C. Civ. y Com. Azul, sala 2°, 17/11/2016, "Espil, María Inés y otro/a c. Apilar SA y otro/a s/ daños y perj. estado (uso autom. s/ lesiones), La Ley Cita Online: AR/JUR/73331/2016;

<sup>71</sup> C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, "V. A. P. C/ G. M. A. S/ alimentos"

<sup>72</sup> Sup Court Texas, 4/10/2016, No. 15-0790, "D Magazine Partners, L.P. D/B/A D Magazine, Magazine Limited Partners, L.P., and Allison Media, INC., petitioners, v. Janay Bender Rosenthal, respondent" disponible en <http://www.txcourts.gov/media/1437551/150790.pdf> (consultado el 29/12/2021); ver, además GERKEN, Joseph L., How Courts Use Wikipedia, 11 J. APP. PRAC. & PROCESS 191 (2010), disponible en <https://lawrepository.ualr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1270&context=appellatepracticeprocess> (consultado el 29/12/2021)

<sup>73</sup> Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Zarate-Campana, 14/12/2010, "Cros-sa Yolanda Beatriz Y Otros C/ Toyota Argentina S.A.", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-62445-AR; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, 10/5/2011, "Estrada Roberto Gabriel C/ Paraíso Sandra", MJ-JU-M-66471-AR; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, 15/12/2011, "P., E. J. C/ A., D. S.", Base de datos Microjuris MJ-JU-M-70930-AR; Cám. Nac. Civ., sala J, 26/03/2012, "Rodríguez, Carolina Isabel y otro c/Vial Tres SA s/daños y perjuicios", Erreius IUSJU201967D; C. Nac. Civ., sala M., 30/4/2015, "Ries Centeno Carlos Fernando C/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.", MJ-JU-M-93250-AR ; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, 23/3/2017, "Pando De Mercado María Cecilia C/ Gente Grossa S.R.L.", Microjuris MJ-JU-M-103864-AR; Cám. Civ. y Com. Santo Tomé, 10/05/2017, "V., C. K. c/Romero, Catalino y/o Instituto Médico Virasoro SRL s/daños y perjuicios", Erreius Cita digital: IUSJU048578E; Cám. Civ. y Com. Resistencia, 21/02/2019, "R., R. S. por su propio derecho y en representación de su hijo menor T. J. R. c/Instituto de Seguridad Social, Seguros y Préstamos de la Provincia del Chaco (IN.S.S.SE.P.) s/acción de amparo", Erreius IUSDC286467A; Cám. Nac. Civ., sala D, 27/03/2019, "P. S., A. c/OSPIV y otros s/daños y perjuicios", Cita digital: IUSJU039046E; C. Civ. y Com. Mercedes, sala 1ª, 29/4/2020, "B. E. C. C/ D. R. S. y ots. s/ daños y perj!"; Cám. Trab. Mendoza - 5ª, 02/05/2020, "Díaz, Luis Gustavo c/La Segunda ART SA p/enf. Accidente"

<sup>74</sup> Sup. Corte Just. Mendoza, sala I, 13/11/2017, "González Luján Irene Miriam En Jº 40748/13-00633961-6 (010305-52661) González Luján, Irene Miriam c/Ranftl, Roberto y ots. s/ daños y perjuicios p/rec. ext. de inconstit.-casación", Cita digital: IUSJU027842E

Con todo, es necesario efectuar alguna apreciación vinculada con el tipo de información que se procura y la finalidad con la que se la utiliza.

Porque, en muchas ocasiones, la información se recaba con fines acreditativos (demostración de un hecho) pero, en otras, se lo hace con fines interpretativos (de los hechos o de las pruebas).

Quizás una analogía nos permita transmitir mejor la idea: si se trata de un caso médico, por ejemplo, la información puede recabarse en la red a los fines de la demostración de los hechos en sí mismos, pero también a los fines de interpretar la prueba rendida (por ejemplo, la pericia).

En este último caso, no existirían mayores diferencias de aquello que sucede, por ejemplo, cuando para interpretar la labor pericial jueces y juezas buscan en libros especializados.

Creemos que solo en el primer caso podemos hablar de actividad probatoria propiamente dicha, y a ello aplica todo lo que vamos a señalar a continuación.

En el segundo supuesto (búsqueda de información a los fines interpretativos) no se tratará, desde nuestro punto de vista, de actividad probatoria propiamente dicha, sino —como lo adelantábamos— de un proceder encaminado a la valoración de las fuentes de prueba incorporadas al proceso.

Ahora, aclarado ello y como decíamos al principio, lo relevante es ir analizando cómo juega esta postura tecnoactivista en el contexto general del derecho probatorio.

### *5.1. Prueba electrónica oficiosa y la búsqueda de la verdad jurídica objetiva*

Habíamos hablado antes de los motivos por los cuales —desde nuestro punto de vista— la producción de prueba a instancias del juzgador estaba avalada y resultaba la postura preferible, configurando *no ya una facultad sino un deber del juez*.

Ahora esto adquiere otra perspectiva frente a los avances de la tecnología y las posibilidades que, día a día, van apareciendo de ubicar información que puede ser relevante para el proceso, disponible para su acceso público en la red.

Así, existiendo información que pudiera resultar trascendente para decidir la controversia al alcance de jueces y juezas, el dejar de capitalizarla implicaría, desde nuestro punto de vista, abdicar de aquella búsqueda de la verdad jurídica objetiva, hacia la cual debería estar orientada la labor jurisdiccional.

El análisis del tema, en clave tecnológica, fue abordado en la jurisprudencia colombiana, nada menos que por su Corte Suprema <sup>75</sup>.

<sup>75</sup> Corte Sup. Colombia, sala casación civil, 4/6/2019, SC2420-2019, Radicación n.º 11001-02-03-000-2017-01497-00.

Y si bien allí hay alguna diferencia en cuanto a las normas procedimentales (como ya lo veremos) el núcleo argumental vale perfectamente en nuestro ámbito.

La Corte comienza refiriéndose a la cuestión de los hechos notorios y dice que “para establecer el conocimiento generalizado debe tenerse en cuenta que, en los tiempos actuales, gracias al auge de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's), generalmente los datos se difunden con mayor rapidez, realidad que no puede ser desatendida en el proceso ni por su director”.

Pero luego entronca con el deber de la jurisdicción de utilizar las nuevas tecnologías a los fines probatorios e indica que:

“[E]l primer párrafo del canon 103 del Código General del Proceso señala que ‘[e]n todas las actuaciones judiciales deberá procurarse el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la gestión y trámite de los procesos judiciales, con el fin de facilitar y agilizar el acceso a la justicia así como ampliar su cobertura’ (se destaca).

“Aunque ambas normas se conjugan para que las TIC's sean empleadas en la actividad judicial, resulta evidente que la segunda de ellas impone a la administración de justicia el deber de hacer esfuerzos dirigidos a aprovecharlas, lo que no puede considerarse como una mera potestad”.

La conclusión es categórica: “es indiscutible que los falladores deben procurar el uso de las TIC's en el procedimiento, mandato que también cubre la verificación del grado de divulgación suficiente que tiene un hecho para estar exento de prueba”.

Y así recaba información de un sitio web oficial, considerando que ello da confianza a los datos allí consignados (insertando incluso una captura de pantalla en la misma sentencia).

Como se ve, la Corte habla de un deber de utilizar las TICs no solo para el desarrollo del proceso, sino también para formar convicción sobre los extremos acerca de los cuales los jueces deben decidir.

En este sentido la jurisprudencia local ha convalidado, expresamente, la consulta (por parte del magistrado) de información en sitios web oficiales, señalando —en tal sentido— tal conducta que viene avalada, expresamente, por la regla del art. 36 inc. 2º y 6º del Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires, agregando que, si es deber del juez buscar la verdad jurídica objetiva no han reproche alguno respecto del accionar descripto <sup>76</sup>; destacando —en otro fallo— que de este modo, se prioriza al valor celeridad procesal y el cumplimiento, efectivo, de sus cometidos funcionales, sin necesidad de estar exigiendo recaudos previos, que son sencillamente zanjables mediante una rápida consulta *online* <sup>77</sup>.

<sup>76</sup> C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 10/9/2019, "Cooperativa De Vivienda Crédito Y Consumo Mediterránea Ltda C/ Páez Salvador Cesar S/Cobro Ejecutivo"

<sup>77</sup> C. Civ. y Com. Morón, sala 2ª, 28/11/2019, "Chaneton Enrique Justo Andrés C/Herederos y/o Sucesores De Méndez María Elena Lujan Leopolda S/ Nulidad De Acto Jurídico"

Ahora, queda otro punto por dilucidar y tiene que ver con la posibilidad de ir a la búsqueda de fuentes probatorias que no se hubieran manifestado en el proceso.

### 5.2. *El tecnoactivismo y la cuestión de la búsqueda de fuentes probatorias*

Decíamos antes que —en muchas ocasiones— el juzgador se hallaba con una limitación de índole más bien práctica a la hora de incorporar fuentes de prueba derivada de la falta de conocimiento acerca de su existencia.

Pero ocurre que, cuando se trata de prueba electrónica, las posibilidades escalan a límites insospechados: es muchísima la información que circula en la red, y muchísima también la que puede obtenerse del análisis de diversos tipos de dispositivos, especialmente aparatos de telefonía celular, pero sin que ellos agoten el catálogo, porque pueden recabarse datos de los equipos más insospechados (IoT).

Entonces, y desde nuestro punto de vista, cuando se le abre al juez semejante gama de posibilidades, su deber de buscar (no necesariamente hallar) la verdad jurídica objetiva parece reconfigurarse.

Como lo decía, y reiteraba, Morello, “el juez no puede ser fugitivo de la realidad”<sup>78</sup>.

Hoy, la realidad involucra necesariamente las nuevas tecnologías; nos guste, o no, las cosas han cambiado y, desde nuestro punto de vista, es imposible seguirlas observando a través del mismo cartabón.

La generación de una cantidad impresionante de datos e información electrónica (que *documenta* la mayoría de los hechos de la vida) impone su utilización en el proceso, claro está en la medida de su relevancia.

Como se lo ha dicho en algún fallo, en ciertas ocasiones, el magistrado queda “a un clic de distancia” de la verdad<sup>79</sup> y *no hacer ese clic puede implicar una renuncia consciente a la verdad*.

Veamos un ejemplo: pongamos que determinado dato fáctico (relevante para la causa y hasta el momento inacreditado) puede ser aprehendido por el juez mediante una compulsión a sitios web oficiales; la pregunta es: si no lo hace, ¿estaría renunciando conscientemente a la verdad jurídica objetiva?

Creemos que sí y, así, de algún modo, se redefine la posición del magistrado.

Porque, hasta hace unos años, la aparición de fuentes probatorias relevantes por fuera de los actos del proceso quizás podía ser mucho más compleja. Pero ahora, con la tecnología, la accesibilidad de la información y el viraje hacia una probática basada en datos, probablemente esta complejidad comience a diluirse.

<sup>78</sup> MORELLO, Augusto M. - TROCCOLI, Antonio A., *La revisión del contrato*, Platense, La Plata, 1977, p. 285.

<sup>79</sup> C. Nac. Civ., sala J., 17/6/2020, "A, N H c/ C, S A s/ Propiedad Intelectual Ley 11.723"

### 5.3. La red y los hechos notorios

Aparece aquí una cuestión de suma relevancia, que hace a la articulación de la postura tecnoactivista con el principio de necesidad de la prueba y los hechos notorios.

Es que si los hechos acerca de los cuales existiera información en la red pudieran considerarse hechos notorios, ellos quedarían fuera del ámbito del tema de la prueba, justamente a raíz de su notoriedad <sup>80</sup>.

O sea, es todo un tema por definir: si nos hallamos ante hechos notorios, cualquier análisis desde el punto de vista de lo probatorio sería redundante, porque el hecho notorio queda excluido del tema de la prueba en los procesos respectivos.

La cuestión ha sido objeto de análisis por nuestra doctrina y jurisprudencia.

En un precedente que ya tiene algunos años, pero que ha sido visionario, la jurisprudencia santiagueña sostuvo que la circunstancia de que un hecho sea susceptible de ser conocido a través de información existente en una página web de internet, no le confiere *per se* carácter de hecho notorio <sup>81</sup>.

Abordando la cuestión, la doctrina ha considerado que la mera circunstancia de que un hecho figure en internet (sitios web, redes sociales, etc.) no lo hace “notorio”, sino que ello dependerá de la penetración que haya tenido ese hecho en el conocimiento o cultura de los individuos que pertenecen a una comunidad. Sin embargo y debido a la masividad de la red, podría suceder que la difusión de un hecho a través de internet coadyuve a su “notoriedad”. De esta manera, sería válido afirmar, por un lado, que internet podría transformar a un hecho en notorio (pues su difusión podría hacer que llegue a un sinnúmero de personas y tenga impacto social); y, por otro, que los jueces podrían recurrir a internet para justificar que un hecho es notorio, cerciorándose al hacerlo de utilizar sitios web que tengan la seriedad suficiente para avalar tal afirmación <sup>82</sup>.

Bielli y Ordoñez han concordado con Scoles, señalando que puede considerarse notoria la existencia de Internet o de las redes sociales de uso masivo, pero jamás puede considerarse, *prima facie*, notoria la información existente en dichas fuentes. Aunque advirtiendo que el único elemento preponderante que podría modificar esa caracterización del contenido como “hechos no notorios” es la viralización de la información. Concluyendo que un hecho generado a través de la Internet (ya sea en una página web o red social, o cualquier otro canal virtual), en algunos supuestos, puede ser considerado como de carácter “notorio” al momento de ejercerse la correspondiente valoración —en la etapa de

<sup>80</sup> QUADRI, Gabriel H., La prueba en el proceso civil y comercial, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, T 1, p. 178

<sup>81</sup> C. Civ. y Com. Santiago del Estero, 2ª, 5/9/2004, "Bravo, Arminda s/guarda y tenencia de los menores Maldonado, Alex N. y otros s/recurso de apelación"

<sup>82</sup> SCOLES, Juan C. "Internet, la "viralización" de la información y los hechos notorios", Temas de Derecho Procesal, Erreius, Agosto 2018, p. 735

admisibilidad de prueba— y, consecuentemente, ser eximido de su producción; pero será determinante, a efectos de admitirlo como tal, apreciar el grado de “viralización” que se haya producido sobre dicho contenido, como así también las especiales circunstancias que rodeen al caso y que hagan presumir la existencia de este conocimiento generalizado <sup>83</sup>.

Llegado este punto, y para agregar un elemento más de análisis, es bueno detenernos en un precedente de la casación bonaerense donde este tema se trató directamente <sup>84</sup>.

En esencia, correspondía determinar si determinada persona había jugado, profesionalmente, en un club de fútbol.

El Tribunal de Trabajo lo había considerado un hecho notorio y exento de prueba, y para refrendar lo dicho y en uso de las facultades de libre investigación, acudió a la página web de la institución futbolística.

Objetado el tema, mediante el recurso interpuesto por la demandada, la Suprema Corte —con primer voto del Dr. De Lázari, que concitó adhesión de sus colegas en este aspecto— sostuvo que no se advertía “la indispensable notoriedad del hecho al que se refiere la afirmación, desde que se ha debido recurrir a otro elemento (la página web del club) para cerciorarse de la exactitud de los datos que luego se tuvieron por probados. Es decir, se ha buscado una prueba que valide a otra prueba, y ello pone en evidencia la insuficiencia de la segunda”.

O sea, de tal razonamiento surge evidente que la Corte descarta la notoriedad del hecho, e incluso subyace a sus postulados el rechazo de la tesis que podría defender que si un hecho constara en la web (en el caso, así sucedía) ello lo dotaría de notoriedad.

Para ir cerrando el punto, sintetizamos así: *la información obrante en la red no configura, de por sí, un hecho notorio, aunque puede contribuir a conformarlo*.

Con lo cual, y respondiendo el interrogante que planteábamos inicialmente, la cuestión debe seguir analizándose dentro del ámbito de lo probatorio.

Y, en este sentido, lo que sigue es ubicarnos dentro del universo de los medios de prueba.

<sup>83</sup> BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J., La prueba electrónica, Teoría y práctica, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 248 y sigtes.

<sup>84</sup> Sup. Corte Bs. As., 28/11/2018, "Barbas, Juan Alberto contra Racing Club Asociación Civil. Diferencias salariales"

#### 5.4. Sobre la información existente en la red y su ubicación en la constelación de los medios probatorios

Hay un lugar por el que, obligadamente, debemos pasar y que es esencial para el desarrollo que sigue: *una página web no deja de ser un documento*<sup>85</sup>, que a veces puede ser accesible de manera pública e incluso muy sencilla.

Pero no deja de ser un documento; esa es su esencia y no debe perderse de vista.

Por más que sea un documento accesible públicamente, y de manera muy sencilla, esta naturaleza no cambia.

Como lo decíamos, si hablamos de sitios web (que será el lugar más frecuente de donde puede obtenerse información) estamos hablando de documentos electrónicos, que se encuentran en poder de terceros. Por cierto, con sus particularidades, pero su esencia es justamente esa.

Ahora, la posibilidad (deber) de disponer la agregación oficiosa de documentos en poder de las partes o terceros viene dada por el art. 36, inc. 4º, ap. c), del Cód. Proc. Civ. y Com. Y aquí llega el momento del ajuste, en los términos del art. 378 del Cód. Proc. Civ. y Com.: como se trata de un sitio web, el juez no va a disponer su “agregación” al expediente; no será el documento el que venga a las actuaciones, sino el juez el que vaya al documento.

Posibilidades hay varias<sup>86</sup>, probablemente la más sencilla sea acceder él directamente, con algún asesoramiento técnico, si lo llegara a considerar necesario.

No en vano, el art. 479 le posibilita ordenar (oficiosamente) el reconocimiento judicial de cosas (inc. 1º), incluso con la de ser auxiliado por expertos (inc. 2º).

Otras posibilidades oficiosas emanan del art. 475 del Cód. Proc. Civ. y Com. Ahora, el medio de prueba específico, para nosotros, sería el reconocimiento judicial (con asesoramiento, en su caso); y ocurre que, justamente, *la ley posibilita al juez disponerlo de manera oficiosa*.

Como se ve, el Código Procesal le brinda al magistrado una serie de herramientas sumamente útiles e, interpretadas en clave tecnológica, su eficacia puede ser formidable.

Ahora, si estamos de acuerdo que desde un punto de vista general se trata de documentos, no podemos negar paralelamente que tienen sus diferencias específicas.

<sup>85</sup> AA.VV., La prueba electrónica, LLUCH, Xavier A. — PICO I. JUNOY, Joan (dir.), Bosch Editores, Barcelona, 2011, p.70; QUADRI, Gabriel H. en AA.VV., Tratado de derecho procesal electrónico, CAMPS, Carlos E. (dir), 2ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2019, T I Capítulo XVI, punto 10.2

<sup>86</sup> El tema puede profundizarse en BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. en AA.VV., Tratado de la prueba electrónica, BIELLI, Gastón E. — ORDOÑEZ, Carlos J. — QUADRI, Gabriel H. (directores), La Ley, Buenos Aires, 2021, T I, p. 621

Por un lado, el hecho de escindirse del soporte papel (lo que es común a todos los documentos electrónicos) y, por el otro, su más sencilla accesibilidad.

Quizás esto último sea lo que apareje más consecuencias prácticas.

Porque el hecho de encontrarnos ante documentos de tan sencillo acceso, a veces puede hacernos perder de vista que, en definitiva, estamos trabajando con fuentes probatorias y en el ámbito de un proceso judicial.

Con esto queremos significar que, aunque exista la posibilidad de acceder a los sitios web sencillamente y en cualquier momento, esto no significa que sea correcto ingresar y abreviar en ellos de manera informal y abstrayéndonos de las normas procesales que rigen para el trabajo con documentos en el ámbito del proceso.

Ahora bien, en el contexto indicado y desde nuestro punto de vista, hay algo que el lector deberá tener presente: *el contenido de un sitio web puede acreditarse por diversos medios de prueba, pero siempre —valga la redundancia— ha de acudir a medios probatorios.*

No podría el juez, por sí mismo, entrar a indagar en la web al momento de decidir y plasmar la experiencia así recabada en la decisión.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires —acudiendo a la figura del absurdo— se ha ocupado de descalificar sentencias en las cuales, para decidir, el órgano jurisdiccional se apoyó en información recabada —por el Tribunal— directamente de Internet, que no había sido ofrecida ni producida como prueba (ni siquiera dentro de las potestades oficiosas del órgano jurisdiccional); señaló al respecto el Alto Tribunal bonaerense que una decisión dictada en esas condiciones carece de sustento probatorio idóneo, apoyándose en su exclusivo arbitrio <sup>87</sup>.

En una sentencia de la que ya hemos hablado, el mismo tribunal entró a determinar “si las circunstancias que surgen de la página web de la demandada —elemento nunca ofrecido como prueba—, pueden ser valoradas en la causa o si ello resulta una violación de las reglas del debido proceso”.

Señalando que “el ejercicio de las facultades conferidas en el art. 12 de la ley 11.653 encuentra un límite infranqueable en el respeto a la igualdad de quienes se hallan involucrados en el proceso. Durante el litigio, las partes deben soportar diversas cargas y no es la menor la de aportar las pruebas que hacen a su derecho. La omisión en que alguna incurriera en su ofrecimiento (lo que podemos ver claramente en el caso) no puede ser suplido por la actividad del juez, porque incorporarla sin más al proceso impediría el apropiado control de su producción y, con ello, se afectaría el derecho de defensa constitucionalmente amparado. Los datos que surgen de la página web citada (que, además, no son fehacientes) no pueden ser usados para probar la antigüedad del actor” <sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Sup. Corte Bs. As., 13/5/2015, "González, Elisa Miriam contra Santoro, Carlos Horacio y otros. Despido", in extenso en sitio web del tribunal

<sup>88</sup> Sup. Corte Bs. As., 28/11/2018, "Barbas, Juan Alberto contra Racing Club Asociación Civil. Diferencias salariales"

Aquí nos detenemos para traer a colación otro caso que merece ser analizado.

Se trataba de una controversia sobre derechos de autor, y el accionante reclamaba daño moral, haciendo alusión a “dos publicaciones realizadas en el sitio de internet [www.youtube.com](http://www.youtube.com), en las que se omite, en forma intencional, mencionarlo como coautor de la obra”.

Al respecto, llevada la cuestión a la segunda instancia, se indica que los videos “recién fueron mencionados en la sentencia por el juzgador. Es claro que, en este aspecto, la sentencia incorporó elementos de prueba en violación a las reglas procesales, que exigen que ellos sean ofrecidos por las partes en la etapa de postulación, o bien que, si el magistrado lo considera oportuno, ordene una medida para mejor proveer, cuyo resultado requiere forzosamente de sustanciación (arts. 36 inc. 4, 333, 360, 484 y concs., Código Procesal). Lo que no puede hacer el juez, en cambio, es introducir en la sentencia pruebas que no fueron sometidas previamente al contralor de las partes, pues eso implica una clara violación del derecho de defensa de los litigantes”<sup>89</sup>.

El tema fue analizado por la doctrina especializada, remarcando que la recolección oficiosa de material probatorio a puertas cerradas, es decir, en la privacidad del recinto judicial y sin la debida intervención o anoticiamiento a las partes, vulnera flagrantemente estos postulados, sobre todo cuando se realiza intempestivamente al momento del dictado de la sentencia definitiva (como sucedió en el fallo comentado).

De este modo, según indican los autores, los jueces deben ser muy cuidadosos y responsables en el uso de las facultades instructorias que les reconoce el orden procesal, la búsqueda de la verdad jurídica objetiva no puede convertirse en un cheque en blanco para la judicatura, máxime cuando su uso abusivo o irrazonable puede derivar en claras infracciones al debido proceso adjetivo.

Y enfatizando en que la enorme facilidad de acceso a la información que prima en el mundo moderno, donde todo se encuentra al alcance de un clic, no autoriza a saltar sin mayores formalismos las previsiones legales que rodean la incorporación de prueba en el expediente<sup>90</sup>.

Para ir cerrando el punto, y concatenarlo con el anterior, sintetizamos así: *la información obrante en la red no configura, de por sí, un hecho notorio; si el juez está en condiciones de utilizarla, deberá hacerlo, pero acudiendo a los medios de prueba legalmente previstos, y con resguardo del derecho de defensa de las partes.*

De esto hablamos en el acápite siguiente.

<sup>89</sup> C. Nac. Civ., sala A, 30/10/2020, "Amato, José Reinaldo c. Dreamakers Producciones SRL s/ daños y perjuicios", La Ley Online Cita Online: AR/JUR/56929/2020

<sup>90</sup> BIELLI, Gastón E. - ORDOÑEZ, Carlos J., "Excesos en la prueba electrónica: su producción al momento de sentenciar. Incorporación y valoración probatoria de videos subidos a la plataforma Youtube", LA LEY 08/02/2021 , 7

### 5.5. *Tecnoactivismo y derecho de defensa en juicio*

Cuando se incorpora prueba por iniciativa del órgano judicial, sea o no electrónica, deberá siempre procederse con respeto al derecho de defensa de las partes (art. 36 inc. 4 CPCCN).

Es entonces necesario que se respete, en todo momento, el principio de contradicción que cualquier litigante posee en el desarrollo de la prueba <sup>91</sup>.

Es el contradictorio, en definitiva, lo que viene a resguardar el necesario equilibrio entre potestades judiciales versus facultades y cargas de las partes <sup>92</sup>.

Bien lo resalta Gozaíni: el remedio más eficaz contra el riesgo de parcialidad no consiste en argüir obstáculos a la investigación de la verdad sino en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructoria y el deber de motivar sus decisiones <sup>93</sup>.

La doctrina destaca que la prueba de oficio solo se ve limitada por el principio de legalidad, es decir no debe ser violatoria del requisito de la debida contradicción de la prueba, de la regla de bilateralidad de la audiencia, por lo que las partes deben tener la posibilidad de controlar, alegar y probar <sup>94</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado, por violentar el derecho de defensa, aquellos fallos basados en elementos de prueba que, recabados mediante este tipo de potestades, no fueron puestos en conocimiento de alguna de las partes <sup>95</sup>.

De hecho, se capitalizan las posibilidades de oponerse a las medidas o de ofrecer contraprueba, en orden a asegurar la igualdad de tratamiento y aventar toda descalificación de inconstitucionalidad o de violación de las garantías constitucionales <sup>96</sup>.

Barbosa Moreira señala que el ejercicio de poderes instructorios por el órgano judicial perfectamente se compadece con la preservación de las garantías procesales de las partes presuponiendo que, como corresponde, ellas sean debidamente notificadas de las iniciativas oficiales, y que se les abra la posibilidad de participar de las diligencias, de impugnarlas, en caso de que les parezcan inaceptables, y de manifestarse sobre los respectivos resultados <sup>97</sup>.

Se viene remarcando que, si bien disponer este tipo de medidas queda librado a la iniciativa y prudente arbitrio de los jueces, estos quedan sujetos, en lo

<sup>91</sup> PICO I JUNOY, Joan, *El juez*, cit., p. 118.

<sup>92</sup> JIMENEZ, María E., "Medidas para mejor proveer", DJ 20/12/2006, 1165.

<sup>93</sup> GOZAÍNI, Osvaldo A., "La asistencia letrada en los actos de producción probatoria de parte", *Sup. Doctrina Judicial Procesal 2010* (abril), p. 30.

<sup>94</sup> TORRES ELGUETA, Gonzalo, "La iniciativa", cit.

<sup>95</sup> Corte Sup, 07/10/2008, "Defensoría del Niño c. Provincia de Neuquén", *La Ley Online*.

<sup>96</sup> SANCHEZ MARIÑO, Gustavo S., "Aspectos de la reforma procesal en la Provincia de Corrientes", *LLitoral* 2002, 823.

<sup>97</sup> BARBOSA MOREIRA, Jose C., "El neoprivatismo en el proceso civil" en AA.VV, Juan Montero Aroca Corrodinador, *Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 211

que atañe a su producción y control por las partes, a las reglas comunes de todas las pruebas, de modo de respetar así el derecho de defensa <sup>98</sup>.

Conexamente con ello, sostiene la Suprema Corte bonaerense que si la medida es dispuesta y realizada *inaudita parte* se priva a las partes de una razonable oportunidad de controlar su resultado y de formular las objeciones o requerir las explicaciones que hubieren estimado convenientes resulta lesionado el derecho de defensa <sup>99</sup>.

En sintonía con ello, se ha decretado la nulidad de sentencias cuando se incorporan elementos a la causa sin darle posibilidad a una de las partes de ser oída a su respecto <sup>100</sup>.

Por ello, indica la doctrina que cuando el juez ordena producir una prueba en forma oficiosa puede causar un grave perjuicio a alguna de las partes si no se la autoriza a ofrecer y producir contraprueba, aun cuando se encuentra vencido el término para ello, ya que la interesada puede no haber producido prueba en contrario al no existir prueba de cargo que desvirtuar, la que ahora aparece por iniciativa del juez <sup>101</sup>.

Picó i Junoy también considera que debe permitirse la ampliación de las pruebas inicialmente propuestas <sup>102</sup>.

Se ha de otorgar participación a los litigantes, los que pueden ejercer su derecho de defensa en juicio ya sea oponiéndose a pruebas prohibidas por la ley o improcedentes por referirse a hechos no articulados o bien para evaluar sus resultados <sup>103</sup>.

Es que, como bien lo explicitara Morello, las resoluciones judiciales instructorias no deben sorprender a las partes afectando su defensa <sup>104</sup> y una reso-

<sup>98</sup> TORRES ELGUETA, Gonzalo, La iniciativa, cit.; Sup. Corte Bs. As. 3/8/1993, "Córdoba, Stella Maris y otro c/ Aguirre, Juan Carlos y otro s/ daños y perjuicios", Juba sumario B22548; 3/3/1998, "Valdez, José Ramón c/ Expreso de Sud S.A. s/ daños y perjuicios", Juba sumario B44908; 22/3/2000, "Aroca, Daniel Wilson c/ Pérez, Miguel Ángel s/ daños y perjuicios", Juba sumario B22107; 12/3/2003, "Sotelo Mirciades, Cristóbal c/ Finexcor SA s/ daños y perjuicios"; 18/6/2003, "Torres, Osvaldo Raúl c/ Lemos y Rodríguez SA s/ Indemnización por enfermedad profesional", Juba sumario B44486 y, más actualmente, 10/04/2019, "Asociación para la Protección del Medio Ambiente y Educación Ecológica 18 de Octubre c/ Provincia de Buenos Aires s/ Inconstitucionalidad ley 14.516", Juba sumario B4007155

<sup>99</sup> Sup. Corte Bs. As., 17/6/1997, "Cardozo, José Alfredo c/ Siderca S.A.I.C. s/ Accidente de trabajo, derecho común" Juba sumario B44488

<sup>100</sup> Corte Sup. Just. Tucumán, sala Civ. y Penal. 22/08/2005, "Provincia de Tucumán V. Masino, Sixto C. y otro /Ejecución Fiscal"

<sup>101</sup> ARAZI, Roland, La prueba en el proceso civil. Teoría y práctica, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, p. 46

<sup>102</sup> PICO I JUNOY, Joan, "El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", en AA.VV, JUAN MONTERO AROCA Coordinador, Proceso civil e ideología un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, p. 120

<sup>103</sup> SAN JUAN, Carlos, "Medidas para mejor proveer en el proceso laboral", LLNOA 2006 (agosto), 715

<sup>104</sup> MORELLO, Augusto M., La prueba. Tendencias modernas, Librería Editora Platense — Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 69.

lución que aparezca, de repente, incorporando nuevos elementos de convicción debe, indispensablemente, otorgar a las partes ocasión, suficiente y razonable, de ejercer su derecho de defensa.

Por ello, y buscando el mayor resguardo del derecho de defensa de las partes, también estimamos acertada la doctrina que brega por el reconocimiento a las partes de alegar sobre el resultado de estas medidas <sup>105</sup>.

Cumplimentados todos estos recaudos (posibilidad de oponerse, producir contraprueba y alegar sobre el mérito de la producida) las medidas respetan el derecho de defensa de las partes.

El XII Congreso Nacional de Derecho Procesal declaró que “debe tenerse presente que la prueba ordenada de oficio debe poder ser controlada por las partes, quienes, además, pueden ofrecer contraprueba, cualquiera sea la etapa en la que se encuentre el juicio” <sup>106</sup>.

Este, creemos, es el límite infranqueable en materia de prueba oficiosa: el juez podrá moverse con toda la amplitud a la hora de disponerla, pero siempre las partes deberán ver resguardadas sus posibilidades a intervenir en su proveimiento, objetarlo, controlar su producción, alegar cuanto estimen menester en defensa de su postura e, incluso, la posibilidad de producir contraprueba, frente a la decisión oficiosa del juez de producir alguna.

Entonces y volviendo a nuestro punto: las TICs le dan al juez un universo muy grande de datos que pueden ser de utilidad para dirimir la controversia; las normas jurídicas le imponen el deber de capitalizarlas en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva pero, en paralelo, esas normas jurídicas le imponen otro deber: el de proveer lo que sea necesario para que, en tal faena, se respete, a ultranza, el derecho de defensa de las partes.

Esta cuestión ha sido analizada por la jurisprudencia bonaerense, que en seguida vamos a mencionar.

### *5.6. Precisiones sobre el uso de Street View, en una sentencia bonaerense*

Aquí tenemos un precedente muy interesante de la provincia de Buenos Aires <sup>107</sup>, que ha sido comentado favorablemente por la doctrina <sup>108</sup>, donde se analizan varias cuestiones situadas en la interrelación entre tecnología y cuestiones de derecho probatorio y se profundiza en varios de los aspectos que hemos analizado hasta aquí.

<sup>105</sup> GENOVESE, María L., "Medidas para mejor proveer", Doctrina Jurídica. Revista del foro salteño, Año XVII Nro. 30 Diciembre 2003/Mayo 2004.

<sup>106</sup> XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal "Debido Proceso": Conclusiones (Paraná, 12, 13 y 14/6/2003), JA 2003-III-857

<sup>107</sup> C. Civ. y Com. Morón, sala 2º, 23/4/2019, "Fleitas, Olga Esther c. Empresa del Oeste S.A. de Transporte y otros s/ Daños y Perj.", Erreius Cita digital: IUSJU038626E

<sup>108</sup> FARÍAS, Raúl A., "El uso de Google Street View en sentencias judiciales", LL 2019-C, 571 - RCyS 2019-IX, 181

En el caso, el juez de primera instancia había utilizado Street View al momento de decidir; apelado el fallo la Cámara hace algunas reflexiones al respecto.

Señala que su utilización está más que difundida socialmente y lo que hay que definir es si procede, o no, su uso en el contexto de un proceso judicial.

Entonces la Cámara reflexiona que, en los tiempos en que se sancionaron los Códigos Procesales, estas tecnologías no existían, pero ahora existen y están disponibles.

En la definición de si es posible, o no, su utilización en el marco de un proceso, destaca la Cámara que “la prueba debe producirse por los medios específicamente previstos (art. 376 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y el contemplado para los casos en que se quiere constatar el estado de lugares o cosas, es el reconocimiento judicial (art. 477, Cód. Proc. Civ. y Comercial)”.

Ahondando en la cuestión, el tribunal indica que “cuando se utiliza Street View, estamos frente a un documento, con aptitud representativa y que ingresa en el ámbito del art. 287, último párrafo, del Cód. Civ. y Com. de la Nación”.

Llegado este punto, la Cámara expresa que es posible que el juez trabaje con documentos que las partes no hubieran arrojado al proceso, señalando que Street View se trata de un documento, en poder de terceros (la compañía), pero reflexionando que a nadie se le ocurriría disponer su “agregación” al proceso.

Asimismo, se recuerdan los antecedentes ya referidos de la Suprema Corte de Justicia bonaerense, relativos a la utilización de información de la red al momento de decidir, señalando que ello no impediría la utilización de Street View, evocando la regla del art. 471 del Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires, señalando que no tendría ningún sentido disponer la realización de croquis en los términos del inc. 1º de dicha norma cuando los mismos ya fueron ejecutados y están disponibles para el público en general, en el contexto de la herramienta aludida.

Y expresamente señala el votante que “con esto no quiero significar que considere correcto que, al momento de decidir, el magistrado abrevie directamente en cualquier fuente que pudiera encontrar en la red.

“No solo porque los fallos de la casación local lo han considerado inadecuados sino porque, desde mi punto de vista, es necesario —como lo decía— incorporar cualquier información que vaya a utilizarse valiéndonos de los medios de prueba legalmente previstos, o de los análogos que pudieran ser necesarios”.

Con todo, y ante la falta de cuestionamiento de parte interesada sobre la mecánica seguida, no se descalificó el fallo.

En otros supuestos, que vale la pena diferenciar, se deja constancia de haber utilizado la herramienta Street View, pero en el ámbito de la audiencia de prueba y con las partes <sup>109</sup>.

<sup>109</sup> Juzg. Nac. Civ. 101, 23/3/2018, "Estévez, Cynthia Edith y otro c/Expreso Esteban Echeverría S.R.L. y otros s/daños y perjuicios".

Esta sería, pensamos, la postura correcta que permite conjugar la incorporación de información obrante en la red, con la posibilidad de que las partes ejerzan, a su respecto, la defensa en toda plenitud.

## CONCLUSIONES

Después del análisis que hemos efectuado a lo largo de estas consideraciones, podemos decir que la irrupción tecnológica ha redefinido, y actualizado, muchos de los problemas del derecho probatorio clásico.

De este modo, las TICs —y su posible uso por parte de juezas y jueces, con increíble sencillez— lleva a nuevos niveles la discusión sobre la incorporación de prueba oficiosa e inserta algunos problemas que, hasta ahora, parecían estar medianamente resueltos.

Y esto impone que, desde el derecho procesal, se les brinde una adecuada respuesta.

Cerrando estas reflexiones podríamos decir que las tecnologías en general, y la red en particular, ofrece importantes cantidades de información, que resulta capitalizable en los procesos y cuya incorporación, cuando resulte relevante, dirimente o definitiva, se vincula con la cuestión de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva en el proceso.

Ciertamente, para quien asuma una postura activista y considere esta búsqueda como un objetivo plausible, esto implica una oportunidad formidable.

Pero, en paralelo, creemos que siempre será necesario tomar conciencia de que, cuando se compulsula en la red buscando información para decidir y esa información puede servir para acreditar uno o más hechos relevantes para la causa, se está incorporando prueba al proceso.

Y que esto impone seguir los carriles que nos indica la normativa procesal, porque ello involucra el derecho de defensa de las partes involucradas.

De este modo, es posible un modelo de trabajo que capitalice este tipo de información y le haga rendir provecho pero que, en paralelo, se muestre respetuoso de las posibilidades de defensa de las partes en el ámbito de los procesos.

## RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



ALTMARK, DANIEL R. Y MOLINA QUIROGA, EDUARDO,  
*TRATADO DE DERECHO INFORMÁTICO*, BUENOS AIRES,  
LA LEY, 2012. ISBN 978-987-03-2321

Por OSVALDO A. GOZAÍNI

1. Presentar una obra jurídica de tamaño dimensión e importancia, tal como lo revela la editorial que lo edita como “Tratado”, no es fácil. Tampoco me justifico con palabras engañosas que destaquen la cantidad de páginas escritas, lo abarcativo del temario de cada volumen, la actualidad de la bibliografía utilizada y de la jurisprudencia señalada, en fin, todo eso indicaría que solamente se ha leído el índice.

2. No es mi estilo. Por eso, son pocas las obras que he prologado, y quienes me lo han pedido han sufrido mis observaciones y constantes correcciones de estilo, haciendo del libro de otro una extensión de mis contradicciones. Quizás, para evitar ese atropello hacia la bondad y la gentileza del autor, prefiero las reseñas. Son más comprometidas con la verdad, y si debo declinar la objetividad, pues aparecerá el típico “perdón por la demora en entregar el comentario de la obra, pero tengo compromisos asumidos con anterioridad que me impiden hacer la reseña en tiempo”.

3. Antes de explicar cuanto quiero, no debo ni puedo dejar de contarle al lector que soy amigo académico de dos grandes personalidades de la Facultad de Derecho (UBA), amigos de la vida profesional, dichoso colega de dos extraordinarias personas que me enseñan constantemente (fui alumno de ambos, cuando cursé la carrera de especialización en derecho informático); que tienen una cultura cautivadora, en el arte, en la música y en la pasión por ser exploradores responsables de todo lo que renueva la anquilosada enseñanza del derecho que ellos han sabido replantear (por ejemplo, no existirían estudios sobre el documento electrónico si no lo hubieran llevado al escenario cuando nadie conocía el tema).

Por eso, antes de hablar de la obra, se debe saber que es un tratado escrito por los dos mejores de la informática jurídica, y de muchas otras proyecciones donde siempre están en la avanzada. Puedo ratificar que los colaboradores académicos siguen esa senda, y bien disciplinados, estimulan a otros para aprender con los líderes.

4. Obvio es que tampoco se trata de tres volúmenes de nóveles juristas que presentan una obra de la complejidad que tiene el derecho informático. De

haberlo sido, tampoco rechazaría la propuesta de hablar sobre el libro, por la simple historia personal que recuerdo siempre cuando mis primeras experiencias de edición, se encontraron con un personaje siniestro de la cultura jurídica, hoy felizmente olvidado por la historia, que me dijo que, si quería editar un libro, primero debía ser “alguien” y después de ello, tener derecho a conversar con su alta egolatría. Jamás olvidé esa bofetada a las ilusiones, ese hostil comportamiento de un cualquiera que creyó ser “alguien”. El tiempo fue testigo de las casualidades, porque diez años después de aquella anécdota, volví a cruzarme con el encumbrado profesor, solo que en esa oportunidad yo era su jefe, como decano de una facultad de derecho donde aquel se desempeñaba. Yo había llegado a ser “alguien”, y así se lo hice saber. Recuerdo haberle dicho: un maestro se hace con ejemplos de rectitud y testimonio de vida para los otros, ese es el mejor reconocimiento que podemos esperar. A veces los concursos universitarios nos ponen un lugar en el sitial, pero ninguno vale tanto como ser reconocido por otros como maestro. ¿A Ud. lo llaman maestro?, le pregunté al a esa altura impávido profesor, que no recordaba aquel encuentro que tanto me había conmovido una década antes.

Cuento esto porque, en la facultad, en sus pasillos, en la sala de profesores, pocos reciben ese don tan generoso. Altmark y Molina Quiroga son maestros, no se pone nunca en duda.

5. La obra tiene tres volúmenes espléndidos y ampliamente comprensivos de todo lo que ofrece el derecho informático. No quedan aristas sin resolver; todos encuentran opinión fundada y discrepancias puntuales que esclarecen el actuar y los conocimientos de los operadores jurídicos.

La lectura se hace amena y continua. Cada estudio demuestra un método prolijo y llevadero que comienza instalando el significado actual que tiene el derecho informático, aportando el marco de referencia y sus antecedentes, clasificando la informática documental, de la técnica y la gestión; así como aclarando los espacios que ocupa en la aplicación específica (v.gr., registros; documentos; toma de decisiones; etc.).

Un lugar de máximo interés lo tiene internet, sea con relación a los nombres de dominio (muy recomendables son los capítulos donde se explican los conflictos de elegibilidad de nombres y propiedad sobre ellos), como a los aspectos técnicos; redes y usos. Obviamente, además de opinión, todo lo expuesto se abastece con jurisprudencia evolutiva y progresiva, que, por lo común, abreva con la fuente doctrinaria que aportan los autores.

En lo creativo se explica la protección legal a los creadores de diseño y *software*; muy puntual es la crítica a tener a las bases de datos dentro del ámbito de la ley de protección a los derechos de autor, capítulos de amplio análisis y destacada importancia.

6. El vol. II comienza con los contratos informáticos. Absolutamente aquí se demuestra por qué la obra es un tratado (concepto que significa analizar la disciplina en forma completa, ordenada, disciplinada y con fundamentos pro-

pios y discrepantes). Nadie puede dudar de que son los autores quienes han impulsado la teoría del contrato informático, de manera que poco puedo decir al respecto. Solamente un juego desatinado, como es derivar al lector a verificar el índice de contenidos para desafiarlo a que encuentre alguna omisión temática.

De la misma calidad son los capítulos de comercio electrónico y contratos telemáticos que no tienen resquicio alguno, agregando con el derecho comparado, una fuente mayor de profundo contenido.

En el recorrido se llega a la protección de datos personales, tema controversial desde el origen y con una historia confusa. Muchos dicen que su paternidad llega del derecho civil, con raíces en el derecho a la intimidad; otros sostienen que es una garantía emergente del derecho a la privacidad, tomado de leyes infraconstitucionales o de jurisprudencia dominante en los tribunales constitucionales; algunos más lo radican como una garantía o proceso constitucional originado en reformas de la carta superior; o también, se piensa como un derecho emanado de la necesidad individual de autogestionar los datos personales, llamado por la doctrina: “autodeterminación informativa”. En la Argentina surgió con la reforma constitucional de 1994, que en el párr. 3º del art. 43 le dio carta de presentación, normado después por la ley 25.326 y reglamentado por el dec. 1558/2001.

Lo cierto es que, en el Tratado, todo está explicado, y se ratifica así que el estatus constitucional donde se emplaza no debe perder de vista que la garantía del hábeas data es el producto de una serie de transformaciones y evoluciones que, de no tenerse en cuenta, puede generar inconsistencias claras en la explicación del fenómeno que reproduce el mentado proceso constitucional. En efecto, el objeto de tutela específica (los datos personales) fue desde los primeros tiempos, observado con enfoques distintos, dando alternancias entre protecciones a derechos garantidos por el derecho público, o confrontados con otros de naturaleza civil o penal, donde un mismo caso quedaba atrapado con soluciones ambivalentes (v.gr., el conflicto entre el derecho a la información y el resguardo del secreto personal o para la seguridad pública). El hábeas data, dicen algunos, protege el derecho a la intimidad; pero al mismo tiempo, se afirma que la defensa es de la privacidad, o de la dignidad humana, o el derecho a la información, o bien, la tutela del honor, o de la propia imagen o perfil personal, o el derecho a la identidad, o simplemente acotado a la autodeterminación informativa

En suma, la tarea es sencilla si pretendemos determinar en nuestro país, de qué se ocupa el proceso de hábeas data y esclarecer cuáles son sus contenidos mínimos y esenciales, y es fácil, porque solamente hay que leer esta obra que comentamos.

7. El vol. III ingresa en el terreno de la responsabilidad de los proveedores de servicios, presentando todos los aspectos controversiales que trae, sobre todo, con las libertades personales. Los bien llamados “actores de internet”, como son los proveedores de acceso; de alojamiento y de contenidos; así como los buscadores, quedan diferenciados de los usuarios, para reconocer en cada uno, la responsabilidad emergente por el uso de la web.

Los delitos informáticos suman explicaciones precisas y necesarias; se advierte a los sistemas informáticos como agentes o instrumentos para cometer delitos, como para ser objeto de ellos. Se definen los intereses afectados y los perjuicios que se pueden causar. Está presente, en el desarrollo, la dogmática penal y sus desvaríos, en fin, un verdadero tratado dentro de otro tratado.

8. Los capítulos dentro de este vol. III, sobre seguridad informática, agregan un estudio puntual de la ley 27.002 (“Código de Práctica para la Administración de la Seguridad de la Información”), que podríamos decir que es inusual para una obra jurídica. Pero quién podría decir que no era necesario. Temas como la asignación de responsabilidades en materia de seguridad de la información; o el proceso de autorización para instalaciones de procesamiento de datos; o el asesoramiento especializado en materia de seguridad de la información; o la necesidad de revisión permanente, entre otros, son puntuales desarrollos que se vuelven de lectura imprescindible.

9. Vayan, entonces, nuestras felicitaciones a los autores y sus colaboradores. A su editor, La Ley, que continúa con sus prolijas publicaciones, y bienvenida la obra a un espacio que no tenía, hasta ahora, una fuente que abarcara el derecho informático con tanta completitud.

BIELLI, GASTÓN E. Y ORDOÑEZ, CARLOS J.,  
*CONTRATOS ELECTRÓNICOS. TEORÍA GENERAL  
Y CUESTIONES PROCESALES*, BUENOS AIRES,  
THOMSON REUTERS - LA LEY, 2020. ISBN 978-987-03-3981-6

Por OSVALDO A. GOZAÍNI

Dos grandes y jóvenes juristas como Gastón E. Bielli y Carlos J. Ordoñez emprenden con esta obra un estudio completo que replantea la teoría general e incorpora las cuestiones procesales que trajeron en el desempeño cotidiano los contratos electrónicos.

La pregunta de respuestas inciertas que plantea cómo actuar ante un incumplimiento suscitado en una plataforma de compraventa encuentra positivas alternativas, y esclarece los alcances de confiar, o no, en los medios. Dudas sobre cómo celebrar un contrato vía WhatsApp, Zoom o *email* tienen iguales esclarecimientos, mucho mejores cuando se explica la competencia que debe intervenir, los presupuestos procesales a cumplir, contestar eventuales defensas o excepciones como las que suele plantear el demandado que alega el consentimiento prestado mediante un *click*; o bien, saber con precisión cómo se prueba un contrato electrónico, son apenas una parte del logrado contenido de esta obra de dos volúmenes.

En general, se recorren y desarrollan *in extenso* temáticas tales como los elementos de los contratos electrónicos, la formación del consentimiento, la prueba, cuestiones relativas a la jurisdicción y ley aplicable, contratos electrónicos de consumo, entre muchas otras. Aquí el lector encontrará contenidos que podrán ser entendidos y aplicados en la labor diaria de los operadores judiciales.

Otros temas como los institutos relacionados con el documento y la firma electrónica o digital, las plataformas de compraventa, las comunicaciones electrónicas, las redes sociales, entre otros, los autores estudian en cada una de las particularidades que impone la contratación electrónica, intentando proporcionar una solución sobre los marcos conflictuales propios de esta metodología. Es una publicación fundamental para entender el impacto que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones han producido en las relaciones sociales e interpersonales y que requieren una respuesta adecuada por parte del Derecho.



## PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

## PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

a) Se recomienda su publicación.

b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.

c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

## REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

## PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo \*, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

\* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo \* (o \*\* en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

*Libros*

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Artículos de Revistas*

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

*Capítulos de libros*

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Material de internet*

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

**Resumen:**

**Palabras clave:**

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

**Abstract:**

**Keywords:**

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. Subtítulo (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

1.1.1. Título (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

1.1.2. Título (*cursiva, sin sangría y en minúscula*)

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

## DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar)

## GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

## EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.

2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
- b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
- c) Recommendation of rejection.

3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

## REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

## STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol \* after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

\*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol \* (or \*\* in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotation marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation

marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

*Books*

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

*Articles in Journal*

MUÑOZ BRAVO, Tomás "Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional" en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

*Book Chapters*

BOTHE, Michael. "The WHO Request", in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

*Websites*

ZEGVELD, Liesbeth. "The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case", available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the

author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

**Abstract:**

**Keywords:**

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

**Resumen:**

**Palabras clave:**

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

*1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.1. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

*1.1.2. Heading* (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

## PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: [dpublica@derecho.uba.ar](mailto:dpublica@derecho.uba.ar).

