

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

Director: **Doctor José W. Tobías**

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DERECHO

José W. Tobías - Noemí L. Nicolau - Zulema D. Wilde - Edgardo I. Saux - Luis F. P. Leiva Fernández - Luis Daniel Crovi - Delia Lipszyc - Carlos A. Villalba - Jorge M. Galdós - Juan Carlos Hariri - Mariano Gagliardo - José María Orelle - Rubén H. Compagnucci de Caso - Norma O. Silvestre - Sandra M. Wierzba - Andrés Sánchez Herrero - Nelson G. A. Cossari - Lidia B. Hernández - Fulvio G. Santarelli

THOMSON REUTERS

LA LEY

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C.P. 1050 AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA
ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y
CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 – 7 de octubre – 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I – ANUARIOS

Anales – Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II – OBRAS

- 1.- *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.- *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.- *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.- *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.- *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.- *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.- *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.- *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.- *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.- *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.- *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.- *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.- *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.- *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.- *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.- *Primeros Académicos de Derecho – 1925.*
- 18.- *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.- *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.- *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.- *Tratado de la “jurisdicción” administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.- *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.- *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.- *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.- *Victorino de la Plaza (1840 – 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.- *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.- *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.- *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.- *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 30.- *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.- *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.- *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33.- *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.- *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.- *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III – COMUNICACIONES

Comunicaciones – Nº 1.

SERIE IV – INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.- *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.- *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.- *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.- *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.- *Estudios sobre daño moral.*

6.- *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.- *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.- *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.- *Estudios sobre la “pesificación” y la emergencia económica.*

10.- *Los vicios de la voluntad.*

11.- *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12.- *Capacidad civil de las personas.*

13.- *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.- *Sociedad Conyugal.*

15.- *Teoría y práctica de los contratos.*

16.- *Código Civil y Comercial.*

17.- *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

18.- *Estudios de los Derechos Personalísimos. Obra en homenaje al académico Santos Cifuentes.*

19.- *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

20.- *Las nuevas tecnologías y el Derecho.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.- *Estudios de Derecho Civil.*

2.- *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

- *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*

- *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

- *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

- *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

- *Derecho Internacional.*

- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*

- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*

- *Sociedades anónimas deportivas.*

- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*

- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*

- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*

- *Cuestiones de derecho empresarial.*

- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*

- *Contratos comerciales.*

- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*

- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*

- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*

- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

- *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2017.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	09 octubre 2003
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	08 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	08 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	07 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	07 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		Fecha
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	09 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	09 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	08 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	07 diciembre 2017
Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez	Colombia	08 agosto 2019

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente Provisorio, Decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7-10-1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo	Dr. Horacio P. Fargosi
Dr. Carlos A. Adrogué	Dr. Salvador Fornieles
Dr. Juan R. Aguirre Lanari	Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Jorge A. Aja Espil	Dr. Juan Agustín García
Dr. Jorge H. Alterini	Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan Álvare	Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Octavio R. Amadeo	Dr. Dimas González Gowland
Dra. Margarita Argúas	Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Marco R. Avellaneda	Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Gregorio Badeni	Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia	Dr. Roberto Guyer
Dr. Antonio Bermejo	Dr. Alberto Hueyo
Dr. Juan A. Bibiloni	Dr. Carlos Iburguren
Dr. Germán J. Bidart Campos	Dr. Eduardo Labougle
Dr. Eduardo L. Bidau	Dr. Héctor Lafaille
Dr. Eduardo Bidau	Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Carlos María Bidegain	Dr. Hilario Larguía
Dr. Rafael Bielsa	Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Bernardino Bilbao	Dr. Ricardo Levene
Dr. Adolfo Bioy	Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Guillermo A. Borda	Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Ernesto Bosch	Dr. Mario Justo López
Dr. Rodolfo Bullrich	Dr. José María López Olaciregui
Dr. Carlos O. Bunge	Dr. Baldomero Llerena
Dr. Eduardo B. Busso	Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Jorge Bustamante Alsina	Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Pablo Calatayud	Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Francisco Canale	Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Hugo Caminos	Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. José O. Casás	Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. Ramón S. Castillo	Dr. José N. Matienzo
Dr. Santos Cifuentes	Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Alfredo Colmo	Dr. Carlos L. Melo
Dr. Jorge E. Coll	Dr. Leopoldo Melo
Dr. Julio César Cueto Rúa	Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Tomás R. Cullen	Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Mauricio P. Daract	Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Calixto S. de la Torre	Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. Antonio Dellepiane	Dr. José Luis Murature
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Mariano de Vedia y Mitre	Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Juan José Díaz Arana	Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel María Diez	Dr. Manuel Obarrio
Dr. Luis M. Drago	Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Mariano J. Drago	Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Wenceslao Escalante	Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Felipe A. Espil	Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo	Dr. Alfredo Orgaz
Dr. José Figueroa Alcorta	Dr. Adolfo Orma

Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

ÍNDICE

Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías <i>José W. Tobías</i>	1
El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico-paciente <i>Noemí L. Nicolau</i>	22
La historia clínica electrónica <i>Zulema D. Wilde</i>	36
Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato <i>Edgardo I. Saux</i>	49
Evolución y revolución del derecho privado. (Conocer es comparar) <i>Luis F. P. Leiva Fernández</i>	82
Los robots y la personalidad electrónica <i>Luis Daniel Crovi</i>	96
El huracán digital: su incidencia sobre el derecho de autor y conexos <i>Delia Lipszyc</i>	112
La ley 11.723 es una ley que prevé el cambio tecnológico y así lo anuncia desde su inicio <i>Carlos A. Villalba</i>	122
La prevención del daño en las nuevas tecnologías. La tutela preventiva en las redes sociales <i>Jorge M. Galdós</i>	126

Protección de la ley a las nuevas tecnologías <i>Juan Carlos Hariri</i>	148
Formas del negocio y tecnología <i>Mariano Gagliardo</i>	163
Los actos electrónicos. Incidencia en los elementos de hechos y actos jurídicos <i>José María Orelle</i>	170
Firma y firma digital <i>Rubén H. Compagnucci de Caso</i>	191
Economía colaborativa: concepto, regulación y responsabilidad civil <i>Norma O. Silvestre - Sandra M. Wierzb</i>	203
La comercialización de semillas mediante el sistema de regalía extendida <i>Andrés Sánchez Herrero</i>	227
Propiedad horizontal y las nuevas tecnologías: las asambleas virtuales <i>Nelson G. A. Cossari</i>	241
La influencia de las nuevas tecnologías con relación a dos temas de derecho sucesorio <i>Lidia B. Hernández</i>	251
Contratos autoejecutables: <i>smart contracts</i> <i>Fulvio G. Santarelli</i>	264

Los derechos personalísimos, los avances científicos y las nuevas tecnologías

José W. Tobías

Sumario: I. Introducción.— II. La tecnología digital.— III. El principio de prevención.— IV. El e-mail laboral.— V. Ataques cibernéticos.— VI. La telemedicina y los derechos personalísimos.— VII. Genética y derechos personalísimos.— VIII. Los derechos personalísimos y el interés social en la investigación de delitos.— IX. Final.

I. Introducción

En todo estudio relacionado con las nuevas tecnologías, los avances científicos y el Derecho, se ha convertido en un lugar común empezar por advertir, a la par de las ventajas y las virtudes de los primeros, la magnitud de los riesgos de su empleo para los derechos personalísimos (no solo el de la intimidad —aunque se lo vincule generalmente con él, probablemente por ser el más comúnmente susceptible de ser afectado— sino la vida, la salud, el honor, la reputación, la identidad, la imagen. También, para quienes los consideran derechos autónomos, como el de la autodeterminación informativa o, para quienes afirman la existencia de nuevos derechos, a la intimidad genética, a la autonomía genética, al anonimato de los datos personales o, más genéricamente, a la dignidad de las personas e, incluso, a la intangibilidad de la especie humana) (sobre lo último, *infra*, VII).

La lista es extensísima y cualquier esfuerzo por enunciarla sería susceptible de ser considerado —con razón— limitado o meramente ejemplificativo. En algunos de los números siguientes se intenta una enumeración de ese tipo, destacando (a veces en notas) las previsiones legales, su interpretación y las soluciones de lege lata o las propuestas de lege ferenda.

II. La tecnología digital

He aquí una simple enumeración ejemplificativa en materia de tecnología digital de las características que se indican en I.

II.1. Spam, garbage mail y acceso al correo ajeno

Se puede acceder al correo ajeno (e-mail) apropiándose de datos e información del titular y de terceros; se puede divulgar y dar a conocer y publicar su contenido (1) (el art. 153 del Cód. Penal

(1) En un caso, “Lanata s/ desestimación”, la sala VI de la CNCrim. y Correc. equiparó el *mail* con el correo tradicional (en una revista que dirigía Lanata se habían publicado distintos mails que había enviado y recibido un usuario sin el consentimiento de los remitentes y destinatarios). La sala revocó el pto. 2 de la resolución de primera instancia que había desestimado la acción incoada contra el imputado por los delitos de los arts. 153 y 155, Cód. Penal, destacando entre otras consideraciones: “El correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados ya que, para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivarlos”. En otra causa, la sala I del mismo tribunal decretó la invalidez del acto que “es base de toda posible acusación”, fundado en el hecho que anónimamente se había hecho llegar la correspondencia del correo electrónico de la parte imputada; a esos fines destacó que el correo electrónico es propiedad privada protegida por la Constitución Nacional, basada en la libertad de intimidad (cit. por VANINETTI, Hugo A., “Derecho a la intimidad e internet”, ED 209-926; considerando que la situación quedaba comprendida en el art. 153, Cód. Penal: CNCrim. y Correc., sala VII, LA LEY del 18/07/2008. Luego, la ley 26.388 incorporó el art. 153 bis y sustituyó los arts. 157 y 157 bis, tipificando como delitos la acción del que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posean, a un sistema o dato informático de acceso restringido y a quien ilegítimamente proporcionare o

reprime con prisión a quien abriere o accediere o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica); se ingresa a las videollamadas de Zoom con prácticas como el *Zoom bombing* (entrar a una conferencia ajena para molestar) o para acceder a cuentas bancarias o la de Mercado Pago o para cometer otros delitos (2).

Es posible utilizar el correo de los usuarios para el envío de publicidad no deseada (*spam* o *junk-mail*), conocido como *garbage mail* (correo basura); o suprimir o desviar indebidamente de su destino una comunicación electrónica que no le esté dirigida (art. 153, Cód. Penal); se puede vincular el nombre o la imagen de una persona con el tráfico de sexo sin su autorización y aun, esto mismo falseando los datos (3); se puede utilizar la identidad de otra persona, a través de cualquier medio electrónico con la finalidad de causar algún perjuicio (4) y, como se verá, se pueden emitir mensajes discriminatorios, incitación al genocidio, propaganda terrorista o pornografía infantil (5).

II.2. Sexting

Es posible seguir con la enumeración (que sigue siendo ejemplificativa): se puede ejercer

revelare a otro, información registrada en un archivo o un banco de datos personales cuyo secreto estuviese obligado a preservar).

(2) La notable expansión de su empleo durante la pandemia ha dejado al descubierto su vulnerabilidad (diario *La Nación*, 24/04/2020).

(3) En nuestra jurisprudencia, el caso “Z., S. c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ inc. de apelación”. El fallo de la CNFed. Civ. y Com., sala I (ED del 04/05/2007), confirmó la medida cautelar dictada en primera instancia por la que se ordenó a las demandadas realizar los actos necesarios para la eliminación del nombre de la actora y su vinculación con las situaciones detalladas en la demanda de contenido sexual, pornográfico, de acompañamiento y otras actividades vinculadas con el tráfico de sexo a los que se accedía mediante los respectivos sitios.

(4) El Anteproyecto de Código Penal 2014 propone reprimir con prisión al que utilizare la identidad de una persona a través de cualquier medio electrónico con el propósito de causar perjuicio —art. 122, inc. f)—; se pueden alterar, destruir o inutilizar sistemas informáticos —art. 183, 2º párr., Cód. Penal—.

(5) Las últimas dos cuestiones y otras que se enumeran han generado el análisis de la eventual responsabilidad de los buscadores de Internet (sobre ello, *infra* este nro. II.7).

violencia de género mediante las redes sociales (violencia digital) a través de la exteriorización de videos o fotografías íntimas (*sexting*), que alguna legislación extranjera tipifica como delito penal (6); también el Código Penal argentino —aunque no circunscribiéndola al contenido sexual— pero solo con la sanción de multa (art. 155) y lo reitera la propuesta del Anteproyecto de Código Penal 2014, aunque con la sanción de prisión y multa (art. 121).

II.3. Cybergrooming y cyberbullying

También, el empleo del *grooming* mediante las nuevas tecnologías con menores de edad (ciberacoso sexual o *child grooming*); o el acoso escolar cibernético (*cyberbullying*) a través de las plataformas que brindan las nuevas tecnologías (mensajes de correo electrónico o por medios telefónicos o contenidos agresivos expresados en las redes sociales o videojuegos online) (7).

El *grooming* o ciberacoso (sexual) a menores está contemplado como delito penal en el art. 131 (introducido por la ley 26.904) que prescribe: “Será penado con prisión de seis meses a cuatro años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos contactare a una persona menor de edad, con el

(6) En rigor, sin establecer que la divulgación de imágenes sea de contenido sexual, el art. 197.7 del Cód. Penal español (según la ley orgánica 1/2015) contempla el castigo de prisión o multa al que “sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella que hubiera obtenido con su anuencia en su domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de terceros, cuando la divulgación menoscabara gravemente la intimidad de esa persona. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos fueren cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, si la víctima fuera persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

(7) Se ha sostenido que debe distinguirse el acoso escolar en sentido estricto (*bullying*) y el acoso cibernético (*cyberbullying*), pues en el último caso la violencia no tiene que ser necesariamente de un compañero de escuela (sobre esa opinión, BUOMPADRE, Jorge E., “Violencia de género en la era digital”, Ed. Astrea, ps. 36 y ss.).

propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma” (8).

El fenómeno del *bullying* —y del *cyberbullying*— constituye una de las tantas manifestaciones de la violencia en las sociedades actuales, que se manifiesta entre niños y adolescentes en edad escolar (con consecuencias a veces mortales y en otras con daños irreparables que subsistirán a lo largo de la vida de la víctima) (9). El legislador argentino ha sancionado la ley 26.982 de Promoción de la Convivencia y el Abordaje de la Conflictividad Social en las instituciones educativas cuyos objetivos, entre otros, son el de impulsar estrategias y acciones para la prevención y abordaje de situaciones de violencia en las instituciones educativas, orientar la educación hacia criterios que fomenten la cultura de la paz y la ausencia de maltrato físico, o psicológico y establecer los lineamientos sobre las sanciones a aplicar en casos de trasgresión de las normas.

Una necesaria consideración del tema requiere una evaluación de la eventual suficiencia de los resultados de la indicada vigencia legislativa —además, de la suficiencia de sus disposiciones— sin que deban ser ajenos el establecimiento de sistemas eficaces de denuncia y seguimiento de la violencia y el acoso escolares; programas e intervenciones basados en datos empíricos; formación y apoyo a los docentes; respaldo y orientación a los estudiantes afectados, etc., y en todo caso, en un paso

(8) El delito de contacto con menores de edad con un propósito sexual está también previsto en el art. 133, inc. 2° del Anteproyecto de Código Penal de la Nación de 2014. Dice el texto: “Será penado con prisión de uno a cinco años, el mayor de edad que tomare contacto con un menor de trece años, mediante conversaciones o relatos de contenido sexual, con el fin de preparar un delito de este Título”. En la explicación, se justifica su incorporación en la circunstancia que se trata de una modalidad delictiva “que ha crecido con la tecnología digital”, no obstante, lo cual no se hace referencia alguna al contacto a través de esa modalidad (pese a lo cual ella queda comprendida, además de otras modalidades posibles, como escritos, contactos directos, etc.).

(9) En el Foro Mundial de la Educación de 2019 de la Unesco (Londres) se menciona la repercusión en la salud mental, en la calidad de vida y en el rendimiento académico, además de la mayor probabilidad de abandonar la educación formal después de terminar la escuela secundaria.

más, un debate acerca de si las conductas de *bullying* y *cyberbullying* requieren ser contempladas como delito en el Código Penal (sin perjuicio de la cuestión relativa a la imputabilidad de los menores), a cuyo fin es menester señalar que son conductas no específicamente reguladas —aunque, algunas de ellas puedan ser encuadradas dentro de tipos tradicionales: contra la integridad física o psíquica (lesiones); contra la libertad (amenazas, coacciones), etc.— (10).

II.4. Cyberstalking

Se extiende el stalking o asedio, acoso u hostigamiento de personas, en ocasiones por vía digital (*ciberstalking*), en forma insistente y reiterada afectando el desarrollo de la vida cotidiana (a veces como manifestación de hipótesis de violencia de género) que han conducido en algunos países a su tipificación como delito penal (11). Las particularidades de algunas plataformas sociales —la extensión de un contenido generado por otros usuarios (v.gr., “reuiteo”), particularmente cuando proviene de *influencers*— que posibilitan la expansión de un mensaje a un número ilimitado de personas, acarrea la consecuencia de verdaderos escraches o linchamientos virtuales (se las ha asimilado a las plazas públicas en que se daba escarmiento a ciudadanos en la Inquisición) (12).

(10) BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., ps. 136 y ss., quien se manifiesta partidario de que sea previsto como delito en el Código penal.

(11) La ley española 1/2015, del 30 de marzo, incorporó un art. 172 ter al Cód. Penal, que castiga con la pena de multa o prisión al que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente o reiterada y sin estar legítimamente autorizado algunas de las conductas que denuncia y que alteren gravemente el desarrollo de su vida cotidiana. También, el Código Penal italiano (dec. 11 de 2009, luego modificado por las leyes 78, 01/07/2013 y 93, 13/08/2013), que tipifica el delito de *atti persecutori* (art. 612 bis) (datos informados por BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., ps. 138 y ss.). En el año 2019, Inglaterra sancionó la *Stalking Protection order Act*, que enuncia los casos en que un tribunal de magistrados puede emitir una *stalking protection order*, cuyo incumplimiento conlleva una sanción penal para quien la infringe.

(12) VANINETTI, Hugo A., “Twitter. Contenidos que generan daño. El rol de los *influencers*. El impacto del *twibel*, los retuits y el ‘escrache’ o linchamiento virtual”, AR/DOC/3460/2019.

El tema aún no ha generado la atención especial del legislador argentino (a diferencia del de otros países, como se menciona en la nota 9), aunque requeriría al menos un debate acerca de la conveniencia de incluir esa conducta en una futura reforma del Código Penal argentino (como delito contra la libertad individual y de mera actividad y doloso, como postulan algunos) (13).

II.5. E-banking

Por otra parte, junto con la extensión del uso del *e-banking* (transacciones bancarias en línea), crece el número y la modalidad de los fraudes que, a su vez, generan medidas y normativas para su control (14).

II.6. Datos personales

Mediante las *cookies* se almacena y recupera información sobre peticiones del usuario que posibilitan establecer datos que le conciernen (preferencias, productos que más le interesan) para su posterior comercialización (convirtiéndose en instrumentos de marketing de las empresas) (15); Las técnicas de *big data*, *data mining*, *machine learning* y *deep learning*, entre otras, receptan una cantidad inmensa de datos, que se relacionan y procesan y posibilitan la ca-

tegorización de perfiles de conducta, preferencias, hábitos y otras aristas personalistas, que no se querrían divulgar (de conocerlas) y que exponen a peligros o riesgos difíciles de valorar (16); en fin, empresas multinacionales basan su negocio en la colección y el procesamiento de datos personales con su sede y actividades en otras jurisdicciones, invocando su sometimiento a legislaciones extranjeras.

La expansión de la actividad de tratamiento de los datos personales, los avances en las técnicas de procesamiento de los datos —que ha conducido, incluso, a la creación en maestrías de Ciencias de Datos en prestigiosas universidades— y la circunstancia de que se hayan constituido en una valiosa mercancía de intercambio plantean inquietantes interrogantes acerca de la preservación y la protección de los derechos de sus titulares y, particularmente, en nuestro país, la suficiencia a esos fines de la regulación de la ley 25.326 y su dec. regl. 1558/2001.

La preocupación general por el tema, en realidad, tiene alguna antigüedad. En 1974 se sanciona en los Estados Unidos de América la llamada Privacy Act of 1974 y en esa década se dictan leyes protectorias en Canadá (1973); Alemania (1978); y Austria (1978), El tema aparece también en los Códigos Civiles, como el de Quebec (arts. 37 y ss.). En 1978 se sanciona en Francia la ley sobre informática y libertad, que establece el principio que señala que la informática debe estar al servicio de cada ciudadano y no atentar contra la identidad humana, los derechos del hombre, la vida privada o las libertades públicas o privadas y al año siguiente la ley 18, del 3 de enero, reglamenta el libre acceso a los archivos públicos y privados.

A su vez, la Constitución Española de 1978 prescribe: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el libre ejercicio de sus derechos” y, antes que ella, la Constitución portuguesa de 1976 supuso un re-

(13) BUOMPADRE, Jorge E., ob. cit., p. 149.

(14) La circ. BCRA 4609, sec. 6.4, “Operatoria y control de los trámites por medio de Internet (*e-banking*)”, detalla las medidas mínimas necesarias para las operaciones que proveen estos servicios). Los mecanismos ilícitos para realizar fraudes bancarios por vía electrónica se modifican constantemente. Uno consiste en enviar un *e-mail* en apariencia auténtico que incluye una clave para que el cliente actualice sus coordenadas bancarias, cuya información se recoge y es utilizada por el *hacker* en su beneficio. Otra es enviar una invitación para sumarse a alguna campaña solidaria que el usuario electrónico abre y desecha, aunque simultáneamente se introduce un programa automático capaz de detectar en el futuro las nuevas operaciones que el usuario ingresa en sus operaciones normales.

(15) Se menciona en una publicación que se estableció que algunas empresas de telecomunicaciones de Estados Unidos venden los datos de geolocalización de sus clientes a distintos terceros, quienes luego los revenden a otros terceros (FERNÁNDEZ, Diego, “La privacidad digital”, *Supl. LegalTech II*, Ed. Thomson Reuters, octubre 2019, p. 64).

(16) FALIERO, Johanna C., “Los desafíos jurídicos del *big data*. Tensiones de derechos entre la parametrización analítica, la toma automatizada de decisiones, el *targetting* y el perfilamiento”, *Supl. LegalTech II*, octubre 2019, p. 77.

conocimiento precoz de los riesgos de la informática (17).

En nuestro país, el tema también ha suscitado la preocupación de la doctrina (18). Reflejo de ello —además, de los estudios doctrinarios— son las conclusiones de las IX Jornadas de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983) (19); y las Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a Jorge

(17) El art. 35 dice: “1. Todos los ciudadanos tienen derecho a conocer lo que constare acerca de los mismos en registros informáticos, así como a ser informados de la utilización que le será dada. Podrán exigir la rectificación o actualización, sin perjuicio de las disposiciones de la ley sobre el secreto de Estado y sobre el secreto de la justicia. 2. El acceso de terceros a los ficheros informáticos que contienen datos personales y la interconexión de dichos ficheros está prohibida, salvo en los casos excepcionales previstos en la ley. 3. La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos concernientes a las convicciones filosóficas o políticas, la filiación a un partido o a un sindicato, la fe religiosa o la vida privada, a menos que se trate de información recabada con fines estadísticos que no permitan identificar a las personas de las cuales deben ser obtenidos. 4. La ley define el concepto de datos personales destinados a figurar en un fichero informático, así como la base y banco de datos, y las condiciones de su acceso, de su constitución y de su utilización por las entidades públicas y privadas. 5. Queda prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos. 6. La ley define el régimen aplicable a la circulación transfronteriza de datos y establece las formas apropiadas para la protección de datos personales y de algunos otros cuya salvaguarda se justifica por razones personales”.

(18) En la jurisprudencia, un fallo de primera instancia (JFed. Civ. y Com. N° 3, LA LEY 2006-C, 282) hizo lugar a una acción de hábeas data que condenó a los demandados a permitir a los actores el acceso a sus datos personales; con posterioridad, a eliminarlos de las bases de datos y a cesar con el tratamiento de ellos. Los actores —cuyos datos estaban registrados para enviar mensajes de correo electrónico con fines publicitarios— promovieron la acción, previo requerimiento por vía informática del cese de esos mails. Se consideró en la sentencia que se violaba el ámbito de privacidad de los actores y lo dispuesto por los arts. 6° inc. e), y 14, ley 21.326.

(19) Recomendación *de lege ferenda*: “VII. Reglamentar el uso de la informática para evitar agresiones a la vida privada, contemplando los siguientes aspectos: a) el derecho del sujeto a verificar la amplitud y el tenor de los datos recogidos; b) el de exigir y lograr la corrección y actualización de los datos; c) la limitación del derecho de acceso a la información a los casos en que media un interés legítimo, y d) la utilización de los datos conforme con la finalidad para que fueron recogidos”.

Mosset Iturraspe (20). El Anteproyecto de Derechos Personalísimos elaborado por Cifuentes y Rivera contiene una propuesta particular (21) y la cuestión fue también considerada por el proyecto de reformas del ejecutivo de 1993 (22).

En la dirección de una eventual reforma legislativa que acentúe la protección jurídica de los datos personales en la Argentina, es ineludible considerar la regulación de la Unión Europea en la materia, en particular el convenio 108 de 1981 (Convención de Estrasburgo); la directiva 2002/58 y su modificación en el 2009; el reglamento 45/2001 sobre tratamiento de datos personales por instituciones y organismos comunitarios; el reglamento del Parlamento

(20) Las Jornadas declararon lo que sigue: “Se considera, entre otros modos posibles de intromisión, que deben destacarse: la recolección y almacenamiento de datos no consentido inequívocamente, en forma expresa o tácita, de información nominativa; el acopio de información nominativa no veraz o falseada; la utilización de información nominativa con finalidad distinta de aquella para lo cual fue suministrada; la subsistencia del dato caduco”. “Son derechos de la persona: derecho de acceso a la información; derecho a la rectificación o cancelación de datos inexactos o caducos; derecho a exigir que los datos sean utilizados con el fin para el cual fueron recogidos; derecho de inserción de la información personal, en bancos de datos, si es presupuesto para la obtención de alguna prestación”.

(21) Consideramos oportuno recordar aquí la normativa propuesta en el Anteproyecto de los Dres. Cifuentes y Rivera, antes mencionado, según el cual “la acumulación de datos por los sistemas de Informática debe respetar el derecho del sujeto a verificar la amplitud y tenor de los recogidos; su utilización conforme con la finalidad para la que fueron recogidos; y ha de limitar el derecho de acceso a la información a los casos en que media un interés legítimo” —conf. art. 1°, cap. V, inc. b), del citado Anteproyecto—.

(22) Art. 113: “No es admitida la acumulación de información nominativa en registros informatizados, salvo consentimiento expreso del interesado o autorización legal previa”. Art. 114: “La acumulación de datos nominativos en registros informativos debe hacerse respetando el derecho del sujeto a verificar la amplitud y tenor de los recogidos, el de exigir y lograr la corrección y actualización de ellos, incluyendo la cancelación de los datos caducos, y su utilización conforme a la finalidad para la que fueron recogidos. Los datos nominativos no pueden ser hechos conocer a terceros sin conformidad expresa del interesado o disposición legal que lo autorice”.

Europeo y del Consejo 2016/679 y la directiva 2016/680 (23).

Algunas de las novedades de las dos últimas son la enunciación de principios relativos al tratamiento de datos; la acentuación del sistema protectorio; el tratamiento de las categorías especiales de datos, la creación del Delegado de Protección de Datos con el fin de velar por el cumplimiento del reglamento en los operadores que tratan volúmenes de datos a gran escala; la consagración del consentimiento expreso del titular del dato y su caracterización; la carga de la prueba de su existencia por el responsable del tratamiento (24).

Una reforma de la vigente ley 25.326 que conduzca a una protección más integral de los datos personales requiere computar la señalada normativa, las propuestas doctrinarias y debería, entre otras cuestiones, prescindir de circunscribir la protección de los datos según la base o archivo en que se encuentre asentada (como lo hace la ley 25.326), enunciar y regular los principios relativos al tratamiento de datos (en especial los de licitud, seguridad, confidencialidad, transparencia, exactitud, lealtad, empleo de finalidad específica, necesidad de consentimiento expreso y carga de la prueba en cabeza de quien realiza el tratamiento), la caracterización de los datos sensibles (entre ellos, los datos biométricos y los genéticos), la regla general de la prohibición de su tratamiento y las excepciones, el tratamiento de datos de menores; los derechos de los titulares (entre ellos, los de acceso, rectificación, información, oposición, supresión; olvido), establecer el alcance de la extraterritorialidad de sus disposiciones (25).

Importa agregar que el Código Penal argentino reprime determinadas modalidades de acceso a bancos de datos personales —art. 157 bis, inc. 3º, aps. a) a d)—.

(23) FALIERO, Joanna C., “El futuro de la regulación en protección de datos personales en la Argentina”, *Supl. LegalTech: “El Derecho ante la tecnología”*, Ed. Thomson Reuters - La Ley, ps. 3 y ss.

(24) *Ibid.*, ps. 3 y ss.

(25) Un estudio sobre el tema junto con un análisis de un proyecto de ley de reformas de la Ley de Protección de los Datos Personales presentado al Congreso de la Nación en el año 2018, en *ibid.*

II.7. Ciberviolencia

Se ha señalado con acierto que la violencia de género traspasa el ámbito privado (“los mundos online/offline confluyen y se potencian”) y se extiende al empleo de la tecnología y la comunicación (TIC), habiéndose sugerido el término “e-violencia” o “ciberviolencia” para individualizar aquella forma de violencia de género que se utiliza a través de cualquier medio de tecnología o electrónico por medio de prácticas diversas (*cyberstalking*, tecnologías de seguimiento, revenge porn, vigilancia y control online, creación de perfiles falsos en redes sociales, etc.) (26). En ese orden —con independencia de las prescripciones de las leyes 24.417 y 26.485— se propicia considerar la violencia de género digital como una modalidad particular y autónoma, que requiere un abordaje normativo particularizado (debido, entre otras circunstancias, a la extensión de los efectos dañosos y la necesidad de actividad probatoria especializada) (27).

II.8. Fake news

Los ejemplos podrían continuarse: los poderes fácticos han penetrado las redes con desinformación, con manipulación (*fake news*) (28) con decisivas influencias en los destinatarios, comprensiva no solo de supuestos en que se emiten para obtener provecho económico sino incluso en procesos electorales u otras decisio-

(26) VANINETTI, Hugo A., “La e-violencia o ciberviolencia de género contra las mujeres (CIBERVCM) en la era de internet y los avances tecnológicos. Antecedentes jurisprudenciales ‘T. A. E. c. L. C. M. s/ violencia familiar y P. M. B. s/ incidente denuncia por violencia de género’ (ley 26.485)”, *RDFyP* 2018, noviembre, p. 179.

(27) SAN JUAN, Alejandro, “Violencia de género digital. Modalidad de violencia contra las mujeres a través de las redes sociales y de las nuevas tecnologías de comunicación”, *RDFyP* 2019-V-261.

(28) Literalmente traducida significa “noticias falsas” y apunta a describir el fenómeno caracterizado por contenidos falsos presentados como verdaderos con la intención de engañar, sin que deba descartarse comprender, también, los supuestos de noticias falsas que son consideradas verdaderas por quien las emite (MELO, Verónica E., “La inmunidad de los proveedores de servicios de Internet (ISP) ante el fenómeno de las *fake news*”, *RCyS*, año XXII, enero 2020-1, p. 3).

nes políticas trascendentes (29) (por motivos de esa naturaleza o ideológicos). Se ha observado que, si bien el manejo de la opinión de los ciudadanos con fines electorales es una práctica histórica y generalizada, el uso de las redes sociales dota al mecanismo de un cariz especial pues “permite detectar valores, emociones y condicionamientos individuales e íntimos de usuarios desprevenidos de servicios digitales para obtener finalidades que en muchos casos contrarían sus intereses y los propios de sistemas democráticos de gobierno” (30).

El tema reviste relevante importancia no solo por la manera en que las *fake news* impactan en millones de usuarios y en las sociedades civiles sino porque, como en otros menoscabos que se señalan en este estudio, es menester ponderar las soluciones —en la situación que se considera y en general— con el marco regulatorio constitucional de internet —relacionado con la libertad de expresión y de opinión, la de acceso a la información y la prohibición de censura previa— y la eventual responsabilidad a atribuir a los buscadores.

En el primer caso, la Corte Federal de Estados Unidos ha afirmado que la red internet debe ser vista como una conversación mundial sin barreras y el gobierno no puede interrumpir esa conversación. La Corte Suprema Nacional, a su vez, ha expresado —en un conocidísimo y dividido fallo— que la libertad de expresión comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet, recordando que en reiteradas oportunidades ha expresado la importancia de la libertad de expresión en los regímenes democráticos, y que ella abar-

(29) Ellas no solo se vinculan con la transmisión de noticias falsas con la intención de obtener un provecho económico, sino que abarcan motivos políticos —pudiendo provenir de ciudadanos individuales o, más comúnmente, de movimientos u organizaciones para apoyar o cuestionar un partido político, un candidato o una ideología— y, emanar también, de los propios gobiernos (se han agregado a la noción los casos de noticias falsas que son consideradas verdaderas por quienes las emiten) (*ibid.*, ps. 3 y ss.).

(30) WIERZBA, Sandra M. - DANESI, Cecilia C., “Violencia en las redes sociales ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?”, LA LEY del 03/02/2020.

ca el derecho a recibir información por esos medios (31).

Independientemente de ello, otra cuestión central es el amplio alcance a atribuir al principio constitucional de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles privados (art. 18, CN) que los tratados y las convenciones internacionales con rango constitucional reiteran, aludiendo a la “correspondencia” sin aditamentos, lo cual permite entender comprendida la correspondencia electrónica (32).

En el segundo caso, en el mismo fallo, la Corte Suprema Nacional —luego de años de debates, numerosos aportes de la doctrina nacional, diversos proyectos de ley que no llegaron a tener tratamiento parlamentario y fallos jurisprudenciales (33)— estableció lineamientos básicos acerca de la responsabilidad civil de los buscadores de internet (34).

(31) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María B. c. Yahoo Inc.”, con notas de Marcela BASTERRA - Guillermo J. BORDA - Carlos PEREIRA (h) - Pablo A. PALAZZI - Fernando TOMELO, LALEY del 05/11/2014. El criterio fue reiterado por el Tribunal —también por mayoría— en CS, 19/09/3017, “Gimbutas, C. c. Yahoo Inc.”, AR/JUR/60631/2017, con nota de Eduardo MOLINA QUIROGA y con precisiones en “Recurso de hecho Pagues, J. c. Google Inc. s/ medidas precautorias”, 03/12/2019, en que se trataba de un funcionario público. Reconocido, también, por el legislador nacional: “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (art. 1º, ley 26.032). Antecedente inmediato de esta ley es el dec. 1297/1997 que tenía un texto similar.

(32) WOYCICK, Horacio, “El correo electrónico laboral y los conflictos vinculados con su posible regulación”, ED 209-776; EKMEKDJIAN, Miguel A., “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. Depalma, t. II, p. 354.

(33) Sobre las citas, TOBIAS, José W., “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, Ed. La Ley, t. II, p. 325.

(34) Además de establecer que la libertad de expresión se aplica a internet, afirmó que no corresponde juzgar la responsabilidad de ellos aplicando las normas de la responsabilidad objetiva, sino hacerlo con base en las de la responsabilidad subjetiva; en ese orden, responden cuando hayan tenido efectivo conocimiento de la ilicitud de los contenidos publicados por terceros y no actúen para bloquear su contenido. El efectivo conocimiento existe cuando el damnificado cursa una notificación privada y siempre que el contenido sea expresamente prohibido o “manifiesta y palmariamente ilícito.” Cuando se trate de situaciones opinables, dudosas o que requieren

La primacía atribuida a la libertad de expresión y la consiguiente preocupación de que la facultad de los buscadores de excluir o descartar lo que consideran *fake news* termine constituyendo una modalidad de censura violatoria de la libertad de expresión, conduce a adoptar en los Estados Unidos el criterio del “escrutinio estricto”; en principio, ello no excluye que las empresas puedan establecer restricciones a los contenidos que generan sus usuarios cuando usan sus servicios y, en ese orden de ideas, la Communications Decency Act (CDA) posibilita que las plataformas de internet implementen políticas de uso y de ese modo moderen o restrinjan contenidos, independientemente de si el material tiene o no tutela constitucional (35). Lo cierto es que la extensión y los efectos de las *fake news*, además de conducir a una desconfianza generalizada de los contenidos de las redes sociales, plantean incertidumbres jurídicas acerca del alcance y extensión de la tutela a atribuir a la libertad de expresión (36).

II.9. Otras formas de violencia digital: el discurso del odio

Existen, también, otras situaciones en que se presenta otra forma de violencia digital, esta vez

un esclarecimiento que, por ello, deba debatirse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, será menester una decisión judicial o administrativa para su bloqueo. El voto de la mayoría señala como casos de “manifiesta ilicitud”, la pornografía infantil; datos que faciliten la comisión de delitos; que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida, la integridad física de alguna o de muchas personas; que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes notoriamente falsos o que en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. Más limitadamente, el voto de la minoría señala los casos de la expresa prohibición legal o la palmaria ilicitud, como por ejemplo “la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil”.

(35) Sobre el tema, MELO, Verónica E., ob. cit., ps. 3 y ss.

(36) *Ibid.*

no dirigida a personas determinadas sino a grupos en razón de su nacionalidad, raza, religión, ideología o sexo. A propósito de ello, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13) —en nuestro país tiene rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN)— prohíbe “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupos de personas” por cualquier motivo, “inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional” (inc. 5º) y en algunos países determinadas modalidades están tipificadas penalmente (37).

Se ha señalado, con acierto, la conexión entre la proliferación de estos mensajes y los actos de violencia o discriminación o estigmatización contra miembros de esos grupos (38).

(37) En el marco de la Unión Europea rige la *Council Framework Decision* (2008) relativa a la “lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el derecho penal”, cuyo objetivo es que ciertas manifestaciones graves de racismo y xenofobia estén tipificadas como delitos penales. A propósito, el art. 510 del Cód. Penal de España contempla los delitos de incitación al odio, discriminación o violencia y el art. 607.2 tipifica la difusión de ideas o doctrinas que justifiquen los delitos de genocidio o pretendan la “rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas genocidas”. Más específicamente —con relación al régimen nazi— el Cód. Penal alemán (art. 86) tipifica la propaganda de organizaciones anticonstitucionales (entre ellas la de carácter neonazi) y el art. 86ª, la exhibición de símbolos de esas organizaciones. El Código Penal francés (art. R645-1) contempla la “muestra o exhibición de cualquier uniforme, inscripción o emblema” de organizaciones declaradas como criminales con base en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional (entre las cuales hay un partido neonazi). El Código Penal italiano, a su vez (art. 4º *legge* 20/06/1952) prevé penas de prisión y multa para quienes hagan “apología del fascismo”. Como se puede advertir, los últimos tres Estados castigan penalmente la apología del nazismo o fascismo: ellos han vivido en algún momento de su historia los horrores de esas ideologías. Las indicadas normas plantean el interrogante de su compatibilidad con la libertad de expresión, a lo que se ha contestado con el interrogante si es factible permitir utilizar los principios democráticos y republicanos con el único propósito de derribarlos.

(38) WIERZBA, Sandra M. – DANESI, Cecilia C., ob. cit., quienes citan como elemento demostrativo de esa conexión, la condena impuesta por el Tribunal Penal Internacional que juzgó a los responsables del genocidio de Ruanda (2008) y al conocido músico popular Simon

Varios de los temas mencionados (entre ellos el que se considera), por otra parte, plantean dificultades técnicas para realizar un control previo de los contenidos que se insertan en las páginas web (39) y, entre otras limitaciones, las medidas judiciales que pueden decretar los jueces, plantean el dilema de que se circunscriben al ámbito nacional de sus jurisdicciones, exteriorizando la dificultad que supone regular con normas locales un fenómeno que, por su naturaleza, es transnacional: el acceso transfronterizo de datos se presenta como uno de los temas complejos de resolver (tanto para el derecho procesal penal como para el derecho internacional) (40). Con relación al acceso transfronterizo, la Convención Europea sobre delitos informáticos (Convención de Budapest) limita las situaciones en las que admite las posibilidades de los Estados de acceder a datos en extrañas jurisdicciones (arts. 19, 22, 25, 32).

Bikindi, quien mediante sus canciones incitó el odio a los tutsis, luego masacrados.

(39) Acota Federico VIVES (“Internet y privacidad”, LA LEY 2000-D, 1017) que el sitio web propio debe obtenerse de un proveedor, quien, una vez otorgado el espacio, adquiere una cierta independencia de aquel al no poder prever las variaciones al contenido de las páginas del sitio. Esta particularidad, como se dice en otra nota, ha llevado a discutir acerca de la eventual responsabilidad de los proveedores por los daños causados a terceros por el contenido del uso de páginas web).

(40) FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara L. – SCOTTI, Luciana, “Internet, comercio electrónico y derecho a la intimidad: un avance de los tribunales argentinos” (*elDial. Express* del 30/05/2017), recuerdan un fallo de un tribunal francés que impuso a Yahoo Inc. —con sede en Santa Clara, California— la obligación de impedir el acceso al público francés de material nazi (el Código Penal francés condena la exposición o venta de objetos que inciten al nazismo). En el proceso, la demandada invocó la imposibilidad o dificultad extrema para controlar el contenido de los sitios; entre otras razones, expresó que ello requeriría eliminar palabras de los motores de búsqueda (v.gr, “nazi”) obstaculizando el trabajo de historiadores e investigadores a sitios que contuvieran tales términos. A su turno, un juez californiano consideró que el fallo francés era incompatible con la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que garantiza la libertad de expresión; luego un tribunal federal de ese país sostuvo que la argumentación de la demandada fundada en la primera enmienda era “vaga”. Afirman las autoras que el fallo podría estar escondiendo una disputa más profunda en materia de correo electrónico como lo es el dominio de internet entre europeas y estadounidenses.

III. El principio de prevención

Un aspecto central frente al panorama descrito en los números anteriores, se relaciona con los medios de protección de los derechos personalísimos y, en particular, el de establecer los mecanismos de su tutela cautelar y preventiva. El art. 51 del nuevo Código consagra la facultad del titular del derecho personalísimo y de aquel que de cualquier modo vea menoscabada su dignidad personal para “reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos”, a cuyo fin remite “a lo dispuesto en el Libro Tercero, tít. V, cap. 1” (41).

Sucede que el desarrollo y sistematización de los derechos personalísimos —con el correlato de su constitucionalización e internalización— requieren ser complementados con mecanismos de tutela eficaces y expeditivos. Como se ha señalado: “El gran desafío de nuestro tiempo no reside en determinar cuáles y cuántos son estos derechos, sino en alcanzar las vías más idóneas para garantizarlos e impedir que sean violados” (42).

La acción preventiva —así la denomina el art. 1711 del Cód. Civ. y Com.— apunta a la existencia de un deber genérico de no dañar (sea por acción u omisión); a la facultad de impedir el acaecimiento del daño; hacer cesar el daño en curso y a limitar su agravamiento o continuación (43). Esta nueva función del derecho de daños asume una relevancia superlativa en materia de derechos personalísimos: no solo por la naturaleza del bien jurídico protegido —su calidad intrínseca hace más enérgica la necesidad de su defensa (44)— sino por la fragilidad y fungibilidad de los bienes protegidos y porque constituye un dato de la realidad el carácter re-

(41) La Secc. 2ª (arts. 1710 a 1715) se titula “Función preventiva y punición excesiva” y otros artículos completan la regulación: en la materia específica de los derechos personalísimos, p. ej., el art. 1770.

(42) PIZARRO, Ramón D., “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Ed. Hammurabi, 2ª ed., p. 102.

(43) GALDÓS, Jorge M., “La tutela preventiva del coronavirus en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY del 07/04/2020, p. 2.

(44) MORELLO, Augusto M., “Tutela procesal del derecho a la integridad personal”, JA 1985-II-775.

lativo y generalmente insuficiente de la reparación de una lesión. La afectación del honor, la reputación, la intimidad o la identidad personal difícilmente encontrarán adecuada reparación —como se ha visto— por las vías resarcitorias y es ciertamente irreparable el derecho a la vida (45).

Se sigue de ello que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 18, CN) (46) requiere que en determinadas situaciones ella deba ser necesariamente preventiva. No es posible en ocasiones —como sucede en la materia que se considera— garantizar la tutela judicial efectiva sino se accede a una tutela judicial preventiva. Como ya se ha dicho, garantizar la tutela judicial efectiva requiere acceder a una tutela judicial preventiva: el principio resarcitorio asume en estos casos un carácter ciertamente relativo (y aun insuficiente) para la tutela del derecho: no se trata de reparar el hecho dañoso una vez producido, sino de anticiparse a su acaecimiento. De ahí que la tutela inhibitoria definitiva y la cautelar hallan fundamento genérico en la Constitución Nacional, sin perjuicio de otras normas constitucionales (art. 43) y legales específicas (47).

Empero, la circunstancia —como se dijo— de que la actividad digital esté amparada en la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 14) y la prohibición de la censura previa (art. 32) plantea la cuestión de determinar la manera de resolver la tensión entre las indicadas garantías constitucionales y la tutela de los

(45) Sobre ello, TOBIAS, José W., ob. cit., ps. 385 y ss.

(46) Se lo ha calificado con razón como “derecho estratégico”: no solo constituye un derecho fundamental en sí mismo sino, a la vez, una garantía de todos los demás derechos de la persona. De su vigencia y efectividad depende la vigencia del resto de los derechos: sin él, las más prolijas listas de derechos y libertades quedarían reducidos a un valor teórico sin existencia jurídica real (TOLLER, Fernando, “Libertad de prensa y tutela judicial efectiva”, Ed. La Ley, p. 428). Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, 2017) —más genéricamente— afirmaron que el fundamento constitucional de la función preventiva de la responsabilidad civil debe encontrarse en el *alterum non laedere* y la buena fe.

(47) Sobre el tema, más ampliamente, con el análisis de legislación extranjera, pronunciamientos de tribunales internacionales y jurisprudencia de la CS, TOBIAS, José W., ob. cit., ps. 387 y ss.

derechos personalísimos. El análisis, en rigor, se inserta en un tema más genérico —la tensión o conflicto entre derechos de igual jerarquía constitucional— y constituye uno de los puntos más delicados de la dogmática de los derechos fundamentales (48).

En ese orden de ideas, a mi juicio, el análisis se ha de circunscribir a los criterios del *balancing test* (o test de ponderación) —muy extendido— y el que sostiene que en presencia de un conflicto de pretensiones de derechos (se invocan derechos de igual jerarquía) se concluirá evaluando la delimitación del contenido de cada derecho y, computando las circunstancias del caso, se determinará cuál de las partes era titular del derecho que invocaban (49).

En la imposibilidad de considerar aquí el tema, cabe al menos señalar que el derecho de expresar ideas y opiniones y hacerlo sin censura previa, no reviste carácter absoluto (50) y “puede estar sujeto a restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para a) asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud y la moral públicas” (art. 19, inc. 3º, PIDCyP) (51).

(48) SERNA, Pablo - TOLLER, Fernando, “La interpretación constitucional de los derechos fundamentales - Una alternativa a los conflictos de derechos”, Ed. La Ley, p. 7.

(49) Un tercer criterio, como es sabido, propicia la existencia de jerarquía de derechos a través de categorías previas y rígidas (EKMEKDJIAN, Miguel Á., ob. cit., ps. 477 y ss. 9).

(50) Comp.: BADENI, Gregorio, “Tratado de Derecho Constitucional”, Ed. La Ley, t. I, ps. 513 y ss.; VENTURA, Adrián, en SABSAY, Daniel A. (dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, t. 1, ps. 412 y ss., aunque este dejando a salvo las “épocas de emergencia”.

(51) En referencia a los medios de prensa, PIZARRO, Ramón D., ob. cit., ps. 534 y ss.; RIVERA, Julio C., “Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad (con especial referencia a su protección frente a la prensa)”, RDPC, 1, ps. 864 y ss.; ZANNONI, Eduardo - BISCARO, Beatriz, “Responsabilidad de los medios de prensa”, Ed. Astrea, ps. 123 y ss. También, IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (“Resulta admisible la adopción de medidas preventivas para evitar la consumación o subsistencia del daño ocasionado por

En suma, ni la libertad de expresión ni la prohibición de censura previa revisten carácter absoluto y su alcance debe ser interpretado de modo armónico con otros derechos fundamentales que pueden ser afectados por ideas, opiniones o informaciones. Corolario de ello es que las señaladas garantías constitucionales no suponen la parálisis de las necesarias medidas judiciales tendientes a la protección efectiva de derechos personalísimos ni es justificable esperar que un derecho constitucional sea grave e irreparablemente dañado para intentar restablecer el Estado de derecho a través de medidas resarcitorias que a esas alturas —en muchas ocasiones— resultarán insatisfactorias. Sucede que no se trata de limitar la libertad de expresión sino de posibilitar que ese derecho sea ejercido de un modo regular, razonable, mesurado y atendiendo al fin para el que se lo ha reconocido, impidiendo que so pretexto de que se encuentra amparado por la Constitución Nacional se toleren conductas que importen una sobreprotección de ese tipo de discursos (52) o, en otros términos, que esa libertad “no constituye un altar en el que pueda inmolarse la dignidad de las personas” (53).

Corresponderá en suma: a) “ponderando” las circunstancias del caso, determinar cuál de los derechos pesa más en el asunto concreto luego de contrapesar los distintos elementos que concurren (test de ponderación) o, en todo caso, b) evaluando la diversidad de derechos constitucionales que se encuentran comprometidos determinar, luego de intentar armonizarlos, cuál de las partes puede ser considerada titular del derecho en cuestión (en el último supuesto también en el análisis de los pedidos de medidas cautelares aunque no haya, estrictamente, un conflicto de “pretensiones de derechos”).

los medios de difusión”) y Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Dr. Jorge Bustamante Alsina (“Cabe adoptar medidas judiciales preventivas del daño que la difusión de noticias pudiera ocasionar, con criterio restrictivo y con suma prudencia”). Parece ser también la opinión de FERREIRA RUBIO, Delia, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, t. 3-A, p. 142; BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, Ed. La Ley, act. por G. J. Borda, 14ª ed., t. I, p. 313.

(52) Del voto del Dr. Rosatti en CS, 17/10/2019, AR/JUR/32619/2019.

(53) PIZARRO, Ramón D., ob. cit., p. 38.

IV. El e-mail laboral

En este número y en el siguiente, por sus particularidades, se enuncian separadamente las cuestiones que suscitan el mail laboral y los ataques cibernéticos.

En el ámbito del derecho laboral, especiales situaciones plantea el e-mail laboral, cuyo titular es el empleador y quien lo utiliza es el trabajador para el cumplimiento de sus deberes específicos. La tensión, en estos casos, se plantea entre lo que sería la inviolabilidad de la correspondencia electrónica basada en la intimidad del usuario (con ausencia de facultades del empleador para el control y vigilancia de su contenido) con la invocación de facultades del empleador basados en la titularidad del e-mail, las de control basada en los riesgos de afectar la imagen o el prestigio de la compañía, o los riesgos de asumir una responsabilidad solidaria por actos del trabajador causados con el uso de la computadora (54).

Elementos centrales para dilucidar la indicada tensión pueden ser las de la previa comunicación al trabajador de los requisitos impuestos para su uso, las características del uso de la herramienta laboral, la política de pri-

(54) En Francia, la Corte de Casación ha considerado que el respeto a la intimidad rige incluso en el lugar y horario de trabajo y el empleador no puede tomar conocimiento de los mensajes emitidos y recibidos por el trabajador, rigiendo esta regla en los casos en que se había prohibido la utilización no profesional de la computadora (“Soc. Nikon France SA vs. O. Frederich”, DT 2002-A-216). En un sentido distinto, un fallo de la Chamber de la Corte Europea de Derechos Humanos (causa “Barbulescu vs. Rumania”, 12/01/2016, LA LEY del 21/03/2016, con nota de Alejandro GONZÁLEZ ROSSI; críticamente, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Privacidad, ámbito laboral e internet”, RDFyP, 3, año VIII, p. 187) consideró que la conducta del empleador que había despedido a un ingeniero rumano por realizar conversaciones privadas que violaban normas internas de la compañía había sido legítima y no violaba el art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, en un pronunciamiento posterior —en la misma causa— la Great Chamber del Tribunal revisó el caso y consideró que la vigilancia había sido desleal (no se había informado al actor la naturaleza y alcance de esta; ni de la posibilidad que la empresa accediera al contenido de sus mensajes) y no se había guardado un justo equilibrio entre la vida privada del asalariado y el derecho del empleador a tomar medidas para el buen funcionamiento de la empresa.

vacidad empresarial que ello conlleva y las consecuencias que acarrearán los incumplimientos previstos (55).

V. Ataques cibernéticos

La enumeración, como se adelantó, no se agota en el menoscabo de derechos personalísimos de personas humanas individuales. Se pueden, asimismo, realizar ataques cibernéticos —con escasos recursos humanos y materiales, pero con efectos devastadores— que pueden ser dirigidos a una multitud de destinatarios, organizaciones, empresas e, incluso, tener por destinatarios a los Estados y ser abarcativas, en el último caso, de sistemas militares, tráfico aéreo, provisión de agua potable o provisión de energía. Sus autores, además, de hackers, pueden ser organizaciones o grupos criminales (para obtener ganancias económicas con diversas modalidades, como estafas electrónicas, control de sistemas informáticos para solicitar dinero para su liberación); organizaciones terroristas (cuyos objetivos, variables, pueden consistir en actividades propagandísticas, el reclutamiento o adiestramiento de personas o la divulgación de técnicas de comisión de atentados) o, también, serlo los mismos Estados para realizar tareas de espionaje o emplear las técnicas de reconocimiento facial para monitorear los comportamientos de etnias determinadas (56) o, como se dijo, ataques a infraestructuras sensibles y, también por un Estado o por una organización particular, con injerencias significativas en los procesos electorales de otros Estados (57) o la adopción de me-

(55) TOBIÁS, José W., ob. cit., p. 332; MOLINA PORTELA, Pedro, “Monitoreo empresarial de los correos electrónicos corporativos”, JA 2017-III-14 [2]; WOYCIK, Horacio, ob. cit. (quien cita un caso de la jurisprudencia brasilera en el que un empleado había emitido fotos pornográficas mediante su correo electrónico laboral correspondiente al dominio de la empresa).

(56) Sobre ello, TRAVIESO, Juan A. - LOGIOVINE, Yamila, “Reconocimiento facial: te estamos vigilando”, JA, 2019-III, fasc. 6, p. 3, quienes recogen una información del diario *New York Times* que China rastrea iugures con esa tecnología.

(57) Se suele citar el empleo de datos personales con fines electorales de perfiles de redes sociales de millones de personas con fines de propaganda política para persuadir o modificar las opiniones de esas personas, que habría afectado la democracia de los Estados Unidos y se

didadas de defensa, ataques o exploratorias en un escenario de ciberguerra (componentes prácticamente seguros en escenarios de conflictos futuros entre Estados) (58), sin mencionar que las potencias multiplican su potencial ofensivo con las nuevas tecnologías (v.gr., con drones con aptitud de direccionar sus intervenciones y objetivos y descargar sus letales misiles) y quienes no lo son, potencian y exploran alternativas de confrontación acordes con el terrorismo (59).

Las particulares características y la magnitud de las amenazas han acarreado la elaboración de “Estrategias nacionales sobre ciberseguridad”, comprensivas de un conjunto de objetivos en la que estén involucradas distintas áreas del gobierno (incluyendo las fuerzas armadas y de seguridad) y las agencias específicas, los sectores privados, las universidades y la población en general (60). En nuestro país, el dec. PEN 577/2017 creó el Comité de Ciberseguridad —bajo la órbita del Ministerio de Modernización— e integrado por representantes de ese ministerio y de los de Defensa y Seguridad (art. 1º) que elaboró una Estrategia Nacional de Ciberseguridad, aprobada por res. 2019/829, cuyos objetivos, entre otros, son los de realizar “acciones de prevención, detección, respuesta y recuperación frente a las ciberamenazas, junto con el desarrollo de un marco normativo acorde” (61) (62).

atribuyen a una consultora política (FERNÁNDEZ, Diego, ob. cit., p. 64).

(58) VANINETTI, Hugo A., “La ciberseguridad como política de Estado. Estrategia Nacional de Ciberseguridad. Decreto 829/2019. Protección de los datos e intimidad personal”, *Supl. LegalTech II*, octubre 2019, p. 105.

(59) CASTELLS, Manuel, “La moderna sociedad red”, diario *Clarín*, 02/02/2020.

(60) En Estados Unidos rige la *Presidential Policy Directive United States Cyber Incident Coordination* (julio 2016) y la *National Cyber Strategy* (sept. 2018). Sobre el tema, VANINETTI, Hugo A., “La ciberseguridad...”, ob. cit., ps. 108 y ss.

(61) *Ibid.*, p. 113, quien menciona documentos de la Unión Europea, España y Estados Unidos sobre ciberseguridad.

(62) El art. 123 del Anteproyecto de Código Penal 2014 propicia reprimir con prisión al que accediere a un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos, de salud o financieros,

VI. La telemedicina y los derechos personalísimos

El incremento de las nuevas tecnologías se extiende a aspectos relacionados con el ejercicio de la medicina. En otras oportunidades me he ocupado de la llamada “telemedicina” (en reflexiones que ahora reitero) (63): en el ámbito de las entidades de medicina prepa y de servicios de asistencia médica al viajero, tiende a expandirse un sistema de teleconsultas entre el paciente y el médico a través de dispositivos digitales (Whatsapp, e-mail, monitor o pantallas; celulares). La “reunión” virtual reemplaza el contacto comunicacional personal y su expansión y sobreutilización plantean inquietantes interrogantes acerca de sus implicancias en el nivel y la calidad de la atención médica. Una enumeración parcial de los riesgos y las consecuencias negativas requiere de un análisis para intentar superarlos: empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje; riesgos de comprensión equívoca de las indicaciones médicas; omisiones de diagnóstico por ausencia de la clínica; dificultades de auditoría del acto médico digital; dificultades probatorias acerca de lo informado por el paciente y lo diagnosticado y recomendado por el médico; ausencia de contacto personal previo y de conocimiento suficiente del historial personal del paciente; riesgos de compromiso de la confidencialidad e intimidad del paciente; identificación y título del prestador del servicio, etcétera.

Lo cierto es que la precariedad de la intercomunicación a distancia hace extremadamente difícil el acabado cumplimiento del deber de información que el art. 59 del nuevo Código pone a cargo del profesional y el acabado cumplimiento del consentimiento informado del paciente y compromete el derecho personalísimo a la libertad del paciente y, más aún, aspectos en que puede estar comprometida su salud o su vida.

Es exacto, desde otros aspectos, que la telemedicina puede cumplir un rol positivo, como en aquellas situaciones en que el profesional

agravando la pena cuando el hecho se cometiere con el fin de obtener información sensible a la defensa nacional.

(63) TOBIÁS, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, LA LEY del 16/12/2019.

no puede estar presente en un tiempo seguro y aceptable o que ella puede tener la aptitud de llegar a pacientes con acceso limitado a la asistencia médica debido al lugar de su domicilio o que puede cumplir un rol significativo en la actualización de los conocimientos en profesionales que residen en lugares alejados de las grandes metrópolis y, aun, en determinadas circunstancias históricas como las que vive nuestro país con la necesidad del aislamiento social de su población. Se hace indispensable, por lo tanto, la existencia de una regulación a nivel nacional que contemple aspectos básicos relacionados con la práctica de la telemedicina, particularmente aquella vinculada con la relación médico-paciente, el adecuado cumplimiento del deber de información, la tutela del derecho personalísimo del paciente y el resguardo de la confidencialidad.

En el ínterin, asume particular relevancia la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Ética de la Telemedicina, adoptada por la 58ª Asamblea General en Copenhague, Dinamarca (octubre 2007) y enmendada por la 69ª Asamblea general, Reikiavik, Islandia (octubre 2018) (la entidad nuclea a 112 asociaciones médicas nacionales), algunos de cuyos principios enuncio en la nota al pie (64), y uno de los cua-

(64) a) “...Cuando se practica la telemedicina el médico debe respetar las siguientes normas éticas: 1. La relación médico-paciente debe estar basada en un examen personal y conocimiento suficiente del historial médico del paciente. La telemedicina debe ser utilizada principalmente en situaciones en las que el médico no puede estar presente físicamente en un tiempo seguro y aceptable. También se puede usar en la gestión de enfermedades crónicas o del seguimiento después del tratamiento inicial, cuando se haya probado que es seguro y eficaz. 2. La relación médico-paciente en la telemedicina debe estar basada en la confianza y respeto mutuos. Por lo tanto, es esencial que el médico y el paciente puedan identificarse con confianza cuando se utiliza la telemedicina (...). 4. incluido, pero no limitado a: explicar cómo funciona la telemedicina; cómo reservar citas; aspectos de privacidad; la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad; protocolos de contacto durante las consultas virtuales; políticas de prescripción y coordinación de atención con otros profesionales de la salud de manera clara y comprensible, sin influenciar la decisión del paciente (...). 8. El médico debe ejercer su autonomía profesional al decidir si una consulta por telemedicina versus una presencial es apropiada (...). 10. El médico al que se le pide su opinión a través de la telemedicina debe

les prescribe que “el médico no debe utilizar la telemedicina si infringe el marco legal o ético del país”. A propósito de esto último: a) el art. 115 del Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina dispone: “No son éticas las prácticas inspiradas en el charlatanismo, las carentes de base científica y que prometen a los enfermos curaciones; los procedimientos ilusorios o insuficientemente probados que se proponen como eficaces, la simulación de tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas; el uso de productos de composición no conocida y el ejercicio de la medicina mediante consultas realizadas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet”; b) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado, a propósito de ello, “que a la hora de juzgar la actuación profesional médica deben ponderarse las reglas éticas que rigen el ejercicio profesional, pues ellas constituyen criterios idóneos para apreciar la diligencia debida en cuanto a obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas y que no cabe, por ello, ‘privar a las normas éticas de relevancia jurídica’” (Fallos 306:178 y causa H36. XXXIII, 12/05/1998).

VII. Genética y derechos personalísimos

Una consideración particular —sobre todo a partir del descubrimiento del genoma humano— requieren, también, los nuevos descubrimientos en materia genética y las características particulares de los datos genéticos de la persona humana, tanto para aprehenderlos (muestras extraídas mediante el “consentimiento informado” o por su existencia en los llamados “bio-bancos” o por provenir de muestras extraídas sin conocimiento de la persona o, aún, contra su voluntad) como por la información que pueden aportar (revelar la identidad de la persona o al-

mantener un registro detallado de los consejos que entrega, como también de la información recibida en la cual basó su consejo para asegurar la trazabilidad (...). 14. (...) El médico debe estar preparado a recomendar un contacto directo médico-paciente cuando estime que es en beneficio del paciente. 15. El médico solo debe utilizar la telemedicina en países/ jurisdicciones donde tenga licencia para emplearla (...). 16. El médico debe asegurarse que su seguro médico incluye la telemedicina. 17. Se deben utilizar regularmente medidas de evaluación de la calidad de la atención para asegurar la seguridad del paciente y el mejor diagnóstico y prácticas de tratamiento posibles en la telemedicina...”

gunos de sus caracteres genotípicos o detectar alguna enfermedad actual o alguna predisposición a ella o conocer algunas particularidades de la persona), pues ellos son susceptibles de generar particulares consecuencias (especialmente negativas para la persona misma y, aún, para su entorno familiar).

En una enumeración solo ejemplificativa, se puede mencionar:

a) las tensiones que se generan entre la necesidad de la tutela de los datos genéticos y la investigación criminal (suele ser delicada la búsqueda de un equilibrio entre el resguardo del mapa genético de una persona y el objeto propio de una investigación criminal tendiente a desentrañar la verdad acerca de la comisión de delitos penales, como lo es cuando se debe evaluar la tensión con algún derecho personalísimo) (65);

b) la indicada necesidad de su tutela y la identificación en las acciones de filiación (art. 579, Cód. Civ. y Com.);

c) en el derecho laboral y previsional, la disponibilidad de los datos genéticos puede incidir en la imposibilidad de acceso a un contrato o la contratación de un seguro; no obstante la ilicitud de esas conductas, es perceptible la posibilidad de acceder a esos datos prescindiendo del conocimiento del interesado (v.gr., revisión médica preocupacional);

(65) Puede verse SALAS, Luis R., “Extracciones de sangre y las garantías constitucionales en el proceso penal”, LLC 2001-851; GULLCO, Hernán V., “¿Es necesario el consentimiento del interesado para una inspección corporal?”, *Doctrina Penal*, 1989, p. 117. Un fallo relevante es el recaído en la causa: “Vázquez Ferra, Evelyn K. s/ inc. apelación”, con nota de Susana CAYUSO, LA LEY 2003-F,970. La CS consideró el conflicto entre el valor de la verdad real como objeto del proceso penal y la invocación del derecho a no ser sometido a una extracción compulsiva de sangre, fundado en la decisión de no saber la propia procedencia genética debido a que ello podía afectar los sentimientos filiales con los padres de crianza. El tribunal, para hacer lugar al recurso extraordinario contra la sentencia que imponía la extracción compulsiva consideró —entre otros argumentos— que la persona destinataria de la protección de la extracción compulsiva no resultaba objeto de la investigación y que ella, puesta en el dilema de conocer su origen genético, prefería desconocerlo.

d) la recolección en los llamados “bancos de datos” para contar con ellos para detectar y prevenir enfermedades genéticas en ciertas poblaciones susceptibles de transmitirse a la descendencia; no obstante, ello, se impone al menos no solo contar con el asentimiento de la persona, sino asegurar los deberes de confidencialidad y seguridad de esos archivos (66).

Nuevas cuestiones suscitan los avances de los conocimientos en la llamada “terapia génica”, los que consisten en la modificación genética de las células de un paciente con la finalidad de prevenir o corregir una situación patológica causada por la presencia de un gen defectuoso. Concebida inicialmente como criterio para corregir enfermedades hereditarias debido a la presencia de un gen cambiado o alterado que puede modificar las funciones celulares de diversos modos, las nuevas investigaciones han ampliado el significado original, abarcando otras estrategias diferentes (67).

De los dos tipos de terapia génica identificables —la germinal y la somática— es la primera la que ha suscitado más cuestionamientos éticos y jurídicos, por su aptitud de influir en la transmisión del patrimonio genético a las sucesivas generaciones: la intervención se dirige a las células reproductivas (espermatozoides y óvulos) y a los primeros estadios del embrión cuando las células todavía no se han diferenciado (en donde la alteración de los genes de esas células tiene como efecto la transmisión de los nuevos genes a las generaciones sucesivas).

(66) PALMERO, Juan C. “Derecho a la intimidad y el genoma humano. Derecho a la salud”, Reunión conjunta Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, serie II, Obras, 31, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, p. 85; BERGEL, Salvador D., “Protección jurídica de los datos genéticos”, LA LEY del 07/10/2015.

(67) Como las dirigidas a determinar y diagnosticar alteraciones genéticas de las células; o establecer las diferencias genéticas de los individuos y la consiguiente variabilidad de la reacción ante los fármacos posibilitando predecir la dosis y el periodo de administración (farmacogenética) o el estudio del genoma humano con el fin de desarrollar nuevos medicamentos (farmacogenómica) (sobre el tema, TOBIÁS, José W., “La terapia génica, clonación y prácticas prohibidas en el Código Civil y Comercial [art. 57]”, en *Anticipo de Anales*, serie LX, segunda época, 53, ps. 5 y ss.; *id.*, “Tratado...”, cit. ps. 214 y ss.

Es de señalar que, a diferencia de otros sectores de la biomedicina, en que la intervención del Derecho ha regulado tardíamente las nuevas tecnologías, en el ámbito que se considera, inversamente, el Derecho se ha anticipado a la evolución tecnológica, afrontando cuestiones que por ahora constituyen meras hipótesis teóricas, poniéndoles límites a su viabilidad. Se han sucedido, en ese orden, documentos internacionales que reflejan la preocupación sobre la aplicación de este tipo de terapia: es que a la par de despertar expectativas terapéuticas respecto de muchas enfermedades que tienen su origen en una patología de los genes, ha suscitado temores en la misma proporción.

A la par de llamar la atención acerca de que en el estado actual de los conocimientos no es posible prever los efectos en el desarrollo de la persona y su descendencia, se invoca la intangibilidad del patrimonio genético en consideración, no solo en la incidencia en la descendencia sino, potencialmente, en la estructura genética de las poblaciones. La modificación, se afirma, puede tender a mejorar o potenciar determinados caracteres (altura, rasgos, color, inteligencia) susceptible de aplicarse a poblaciones enteras, acarreado comportamientos claramente eugenésicos y se agrega que no hay criterios válidos para delinear qué intervenciones pueden considerarse terapéuticas y cuáles de mejoramiento, que se vinculan, además, con la amplitud que se atribuye al término “salud” (muy influenciado por la significación de la Organización Mundial de la Salud).

Lo cierto es que, como es sabido, el art. 57 del nuevo Código prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia. En otras ocasiones, a las que se remite (68), he considerado el texto legal, sin perjuicio de señalar aquí que, más genéricamente, el texto elaborado por la Comisión que elaboró el Anteproyecto, prohibía, por un lado, las “prácticas destinadas a alterar la constitución genética de la descendencia” (no se circunscribía a las prácticas realizadas en el embrión, comprendiendo, por ello, las realizadas en los gametos) y, por el otro, dejaba a salvo de la prohibición a aquellas prácticas ten-

(68) TOBIÁS, José W., “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, Ed. La Ley, t. II, ps. 213 y ss.)

dientes a evitar la transmisión de enfermedades a la descendencia o la predisposición a ellas.

Dos nuevas afirmaciones sobre la regulación legal: a) es probable que la supresión de la excepción haya tenido en cuenta las dificultades para establecer una línea de confín clara entre la intervención terapéutica y la de mejoramiento o perfectiva; b) el art. 57 debe ser complementado con otras disposiciones (penales, profesionales, etc.) que establezcan sanciones por la violación de las prácticas prohibidas a fin de evitar que la norma se convierta en un texto declamatorio.

Vinculada a los debates acerca de la licitud de la terapia germinal, se presenta también la cuestión de la factibilidad técnica de la clonación humana: la transferencia del núcleo de células de personas nacidas a un ovocito al que se le ha extraído el propio núcleo (enucleación). El nuevo ser —implantado en un útero para su gestación— sería genéticamente idéntico al dador del núcleo. Se trataría de una fecundación asexual, con la que en teoría se podrían constituir una multitud de individuos idénticos.

La alternativa debe descartarse absolutamente tanto desde el punto de vista ético como jurídico (69). Las diversas técnicas afectan, según los casos, bienes jurídicos como la identidad genética del ser nacido (se lo priva de la condición de ser único, irrepetible y distinto de los demás seres humanos); es consecuencia de una voluntad ajena de querer “producir” sus características genéticas; en algunas formas de clonación es privado de la doble progenie de madre y padre y, más genéricamente —como procedimiento tendiente a la selección de caracteres humanos— afecta la intangibilidad de la especie humana. Son manifiestas, a propósito de ello, las posibilidades de prácticas eugenésicas que derivan de la aplicación de estas técnicas (70).

(69) La clonación ha sido prohibida en documentos internacionales y en las legislaciones, constituyendo en algunos casos un delito penal. En nuestro país, un decreto de necesidad y urgencia (200/1997) prohibió los experimentos de clonación relacionados con seres humanos (art. 1º).

(70) Sobre el tema, TOBIÁS, José W., “La terapia...”, ob. cit., ps. 13 y ss.; *id.*, “Tratado...”, ob. cit., ps. 213 y ss.

Es de señalar, sin embargo, que en los últimos tiempos parece insinuarse una opinión que aspira a distinguir entre la clonación reproductiva y la clonación “terapéutica” con el propósito de legitimar la última. Esta no consistiría en clonar personas sino tejidos u órganos para poder trasplantarlos —sin el riesgo de rechazos— al paciente; la práctica se produciría cuando el desarrollo del clon se interrumpe en el estado de células totipotenciales (madres o troncales) que luego se intervienen para generar células que se reconvierten en tejidos u órganos de personas afectadas de diversas patologías sin generar rechazos. Pero el punto decisivo es que la clonación ¿podrá ser terapéutica para el paciente que recibe las células, pero es mortal para el embrión...!, habiéndose afirmado, por ello, que la llamada “clonación terapéutica” es incluso más grave desde el punto de vista moral que la misma reproductiva (71).

Las alternativas para el empleo de las nuevas tecnologías en el ámbito de la ingeniería genética no se agotan en las intervenciones en la línea germinal o la clonación. Así, por ejemplo, la selección de embriones, el intercambio genético humano (formación de híbridos) o la fecundación interespecies (de animales a seres humanos o viceversa). Los últimos aspectos no requerirían siquiera ser considerados si no fuera por noticias de intentos de implementar experimentalmente un embrión humano en el útero de un animal a fin de investigar las reacciones inmunológicas (72).

Lo cierto es que las delicadas y complejas cuestiones reseñadas (y algunas otras) han llevado a considerar la existencia de un derecho a la intimidad genética (73) o a postular la existencia de un derecho a la protección de datos genéticos y a la autonomía genética, que gozaría de una autónoma protección respecto del derecho a la intimidad (74).

(71) TOBIÁS, José W., “La terapia...”, ob. cit., ps. 14 y ss.; *id.*, “Tratado...”, ob. cit., ps. 224 y ss.

(72) SGRECCIA, Elio, “Manual de bioética”, Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, ps. 440 y ss.

(73) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, “Derecho genético”, Ed. Grijley, Lima, ps. 231 y ss.

(74) BERGEL, Salvador D., ob. cit.

Más aún, algunas de las prácticas consideradas son susceptibles de extenderse a poblaciones enteras y han revivido el viejo debate contra la eugenesia y la suerte de la especie humana. En otra oportunidad, he destacado que en la última noción queda abarcada la idea del hombre como ser único y distinto a los demás hombres desde la perspectiva de su identidad biológica o genética y la vulneración de esa identidad única —la de ser diferente a los demás hombres— forma parte de la integridad de la especie humana.

Tal afirmación acarrea otra delicada cuestión: la necesidad de resguardar no solo los intereses de las generaciones actuales sino la de las futuras y de la consagración, por lo tanto, de un principio general del ordenamiento jurídico: el de la intangibilidad de la especie humana. El tema requiere evaluar si se hace necesaria la elaboración de un estatus jurídico propio: para algunos, no necesariamente en la forma de un sujeto de derecho; para otros, bajo la forma de la persona humana en cuanto sujeto indiferenciado, titular de un derecho humano referido a un bien colectivo (como lo sería el patrimonio genético de la especie humana) y para otros, en fin, considerado dentro del marco de los derechos personalísimos (la especie humana como titular de ese tipo de derechos), sin que falte una visión que parte de considerar que la especie humana como tal es considerada, a la vez sujeto y objeto de un nuevo derecho (75).

En rigor: a) hubiera sido deseable que el nuevo Código, a semejanza del Proyecto de 1998 y del art. 16.4 del Cód. Civil francés (76), hubiera consagrado expresamente el principio de la intangibilidad de la especie humana y la prohibición de la clonación, recogiendo de esa manera, además, su proclamación en diversos Docu-

(75) TOBIAS, José W., “La terapia...”, ob. cit., p. 17; *id.*, “Tratado...”, ob. cit., ps. 213 y ss.

(76) Decía el penúltimo párrafo del art. 111 del Proyecto de 1998: “Es prohibida toda práctica que afecte la integridad de la especie humana, o que de cualquier modo tienda a la selección de personas o la modificación de la descendencia mediante la transformación de los caracteres genéticos”. Dispone, en lo pertinente, el art. 16.4 Cód. Civil francés: “Nadie puede atentar contra la integridad de la especie humana. Se prohíbe cualquier práctica eugénica tendiente a organizar la selección de personas...”

mentos Internacionales (77); b) es poco explicable que se haya circunscripto la prohibición a las prácticas destinadas a producir una alteración genética en el embrión que se transmita a la descendencia, omitiendo hacerlo —más genéricamente— con la prohibición de la intervención en las células germinales (como lo hacía el Proyecto de 1998); c) la prohibición de la intervención en la terapia germinal debiera ser complementada con otras disposiciones (penales, profesionales, etc.) que establezcan sanciones por la violación de las prácticas prohibidas a fin de evitar que la norma se convierta en un texto declamatorio.

VIII. Los derechos personalísimos y el interés social en la investigación de delitos

En un panorama inicial —frente al desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)— la ciencia penal centralizó sus preocupaciones en el desarrollo y concreción de nuevos tipos delictivos (que en nuestro país conduxeron a la sanción de la ley 26.388 que modificó el Código Penal para incorporar los llamados delitos informáticos). Sin embargo, enseguida se advirtió que las cuestiones abarcaban —mucho más ampliamente— el tema de la evidencia digital (o, más bien, evidencia electrónica) respecto de cualquier investigación de cualquier hecho susceptible de constituir un delito penal (informático o no) (78) y la factibilidad de ello cuando es susceptible de comprometer el menoscabo de derechos personalísimos (79). De

(77) TOBIAS, José W., “La terapia...”, ob. cit., p. 20.

(78) SERGI, Natalia, “Análisis jurídico de la situación de la evidencia digital en el proceso penal en Argentina”, vol. 3, Asociación por los Derechos Civiles, p. 2.

(79) Un antecedente de significación es el fallo de la Corte Federal Constitucional de Alemania de febrero de 2008 que declaró que el art. 5º, párr. II. 11 de la Ley de Protección de la Constitución de Nordrhein Westfalen resultaba inconstitucional, a cuyo fin consideró la existencia de un derecho a la confidencialidad e integridad de los sistemas de tecnología de la información que derivó del derecho fundamental a la dignidad personal del art. 2º I de la Constitución de ese país. El texto otorgaba facultades para observación e investigación secreta en Internet y medidas directas de acceso a sistemas informáticos mediante “programas troyanos” instalados a distancia o por acceso físico subrepticio en las computadoras investigadas (sobre los fundamentos del fallo y las referencias a la salvedad de la aplicación del principio de proporcionalidad cuando se

ese modo, el interés social en la investigación de delitos se presenta en tensión con determinados derechos personalísimos (en especial el de la intimidad) (80).

VIII.1. Así, en las investigaciones penales, las controversias acerca de la posibilidad legal de grabar la actividad de la computadora de un sospechoso para de esa manera obtener las claves de encriptación que protegen los archivos necesarios para la investigación; a los mismos fines, la de instalar “programas espías” a distancia que abarquen, incluso, el acceso a sistemas informáticos ubicados en otras jurisdicciones; o la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen; o la captación y grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos; o la interceptación de comunicaciones telemáticas; o el registro remoto de equipos informáticos o la eventualidad de la existencia de razones para suponer que los datos a los que se pretende acceder están registrados en otro sistema informático que el que es objeto de la investigación y la de su válida extensión a ellos.

Los supuestos enunciados —y otros— colocaban al proceso penal en complejas disyuntivas:

a) el nivel de conexión y la cantidad de datos generados y almacenados de la tecnología digital, frente a la ausencia de normativas expresas, suscita la opinión de aplicar válidamente por analogía los medios probatorios tradicionales (p. ej., considerando que el acceso remoto y el registro de una computadora puede equiparar-

encuentran en juego derechos básicos como el de la vida, puede verse SERGI, Natalia, ob. cit., ps. 23 y ss.).

(80) Un documento internacional relevante es la Convención Europea sobre Delitos Informáticos (Convención de Budapest) que propicia el establecimiento de reglas procesales tendientes a la obtención de pruebas digitales, tales como la facultad de las autoridades judiciales de ordenar a los titulares de sistemas informáticos que tengan alojados datos de esa naturaleza de utilidad para la investigación, la preservación de esos datos por un lapso de tiempo de modo de evitar que sean borrados o alterados, de ordenar a los proveedores de servicios de internet o titulares de sistemas de alojamiento de información en formato digital que entreguen o informen determinados datos que obren en su poder y, también, el registro y secuestro de datos informáticos.

se al allanamiento, registro y secuestro de cosas de un domicilio).

Sin embargo, la aplicación ilimitada de la analogía ha sido cuestionada por entenderse que cualquier restricción a derechos fundamentales debe ser de interpretación restrictiva (insusceptible, por ello, de aplicación analógica), sin perjuicio de considerarse, entre otras razones, que las características técnicas de los novedosos programas de investigación no pueden equipararse al registro de un domicilio o que, en todo caso dejaría limitada la garantía a los supuestos en que es necesario ingresar a un domicilio para la instalación de un programa espía o que este, una vez instalado, plantearía la dificultad interpretativa que registra datos generados fuera del domicilio (como los dispositivos portátiles, como una laptop o un teléfono celular);

b) en cualquier caso (existiendo o no normativa expresa), se propicia establecer su correspondencia con garantías constitucionales. A ese respecto, se argumenta que la fluidez informativa y la utilización cada vez más frecuente que generan las nuevas tecnologías colocan a derechos fundamentales, como la intimidad o el honor, en situaciones de mayor riesgo y que el legislador, debiendo adecuar la normativa a los tiempos actuales, debe hacerlo con especial cuidado en resguardar los derechos fundamentales. Un antecedente legislativo de derecho comparado que modifica la Ley de Enjuiciamiento Penal de su país con el objetivo de compatibilizar las garantías individuales en el proceso con el interés en la investigación de los delitos penales, puede encontrarse en la ley orgánica española 13/2015 del 5 de octubre, cuyo título es “fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.” Consagra los principios rectores de la especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, la necesidad de la autorización judicial, la necesaria relación de la medida con la investigación de un delito concreto, y establece las medidas que el juez puede autorizar (utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema informático, instrumento de almacenamiento masivo de da-

tos informáticos o base de datos) “siempre que persiga la investigación de los limitados delitos que enuncia” (81).

VIII.2. El desbloqueo forzoso de un dispositivo electrónico

Otra manifestación particular de la tensión entre el resguardo de derechos personalísimos y el interés social en la investigación de los delitos, se ha planteado en los Estados Unidos con relación a la posibilidad del desbloqueo forzoso de un dispositivo electrónico mediante datos biométricos del sospechoso y su vinculación con la Quinta Enmienda (que establece que nadie será forzado a declarar contra sí mismo en ningún juicio criminal) (82). La controversia reside en determinar, por ejemplo, si una medida judicial posibilita desbloquear el teléfono del sospechoso mediante el uso forzado de sus huellas digitales (o utilizar otras características biométricas, como reconocimiento facial o de iris), lo cual se ha entendido conduce a la persona a ser testigo contra sí mismo, contrariando la Quinta Enmienda (asimilando el uso forzado de la huella dactilar con la autoincriminación, en el sentido que supondría el reconocimiento de la propiedad y el control exclusivo sobre el dispositivo y la autenticidad de los contenidos incriminatorios allí almacenados). De modo diverso, se consideró que aplicar la huella digital en el sensor es simplemente tomar una característica física que por sí sola no comunica nada ni requiere que divulgue nada a través de los procesos mentales, no implicando por sí mismo ninguna prueba testimonial.

Con relación a la disyuntiva expuesta, se ha afirmado que, mientras la toma de impresiones digitales tiene por objeto confrontarlo con alguna muestra obtenida de la escena del crimen, el ingreso forzoso mediante la huella digital del sospechoso al artefacto podría implicar su colaboración (obligatoria) con la medida, cuya consecuencia directa sería la autenticación de los contenidos digitales allí almacenados, lo cual se

(81) Sobre el tema, SERGI, Natalia, ob. cit., ps. 31 y ss.

(82) Una consideración del tema en MILLER, Christian H., “Un paso atrás en la protección de los datos biométricos del sospechoso”, *Supl. LegalTech II*, octubre 2019, ps. 97 y ss.

acerca a la declaración contra uno mismo que prohíbe la ley (83).

Independientemente de ello —aunque se trata de una cuestión más vinculada con el derecho al debido proceso— ya recopilada, en su caso, la información emanada de teléfonos celulares o cualquier otro medio digital, una nueva cuestión se relaciona con el procedimiento que posibilite garantizar que lo que será objeto de evaluación y prueba en el proceso es coincidente con la información extraída del medio digital (de modo de garantizar la autenticidad e integridad de la evidencia electrónica) (84).

VIII.3. El uso de información de geolocalización obtenida de dispositivos móviles (“Carpenter vs. Estados Unidos”)

Un nuevo supuesto relacionado con la eventual afectación de la privacidad mediante el empleo de la tecnología actual en el marco de las investigaciones de delitos puede encontrarse en la controversia acerca de la licitud del uso de información obtenida de dispositivos móviles (en especial de teléfonos celulares). Los datos que se encuentran en poder de las empresas prestadoras de los respectivos servicios, en efecto, posibilitan conocer información sobre la ubicación del dispositivo en diversos momentos y ello puede ser relevante en la investigación (posibilitando establecer, p. ej., que el sospechoso —titular o usuario del dispositivo— se encontraba en el lugar de la comisión del delito investigado) y el interrogante es si las medidas tendientes a obtener la geolocalización pueden generar afectaciones al derecho a la privacidad de las personas.

El tema ha sido materia de un importante pronunciamiento —relativamente reciente— de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (caso “Carpenter vs. Estados Unidos”, 22/06/2018) (85) tendiente a resguardar la

(83) *Ibidem*.

(84) Sobre el tema, CNCrim. y Correc., sala IV, 20/09/2019, con nota crítica de DELLE DONNE, Carla P., “La extracción de prueba electrónica de teléfonos celulares y la garantía de defensa en juicio”, *LA LEY* del 02/02/2020.

(85) Puede verse FERNÁNDEZ, Diego - O’FARRELL, Inés, “Privacidad en el contexto digital: la geolocalización

Cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos **(86)**.

La resolución del tribunal, por mayoría de votos (cinco de los nueve), estableció que, para habilitar el acceso a los datos de geolocalización del usuario de un dispositivo móvil, es menester contar con un *warrant* que cumpla los estándares de “causa probable” de la comisión de un delito (el mismo requerible para los allanamientos o las intervenciones telefónicas). Dejó a salvo, sin embargo, supuestos de excepción en que la medida podía realizarse sin un *warrant* (como lo serían el de proteger a personas de un peligro inminente o el riesgo de destrucción de las pruebas).

VIII.4. El reconocimiento facial en los espacios públicos

Los avances en las tecnologías de reconocimiento facial constituyen herramientas que posibilitan la identificación de las personas a través de los rasgos de sus rostros y conducen a su utilización en los espacios públicos para prevenir y combatir la inseguridad en sus territorios; no solo para ubicar al posible autor de un delito sino para ubicar a las personas que se encuentran prófugas o están en situación de rebeldía. La res. 308/2019 del Ministerio de Justicia y Seguridad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implementó el Sistema de Reconocimiento Facial de Prófugas con el objeto de ubicar a personas buscadas por orden judicial, a cuyo fin se emplean datos biométricos del Registro Nacional de las Personas y se los com-

de dispositivos móviles”, *Supl. LegalTech*, nov. 2018, p. 18; TRAVIESO, Juan A., “En busca de la privacidad perdida - ‘Carpenter vs. Estados Unidos’”, *LA LEY* del 22/03/2019, en que la tensión entre la importancia de las investigaciones policiales y el derecho a la intimidad de las personas, se traduce en una discusión, en ese país, acerca de si es necesario o no un *warrant* (una orden judicial que llegue al estándar de *probable cause*).

(86) La interpretación tradicional de la enmienda es que la expectativa de privacidad considerada razonable requiere que cualquier registro de las autoridades (v.gr., un allanamiento) necesite de una orden judicial (*warrant*) basada en una causa probable de comisión de un delito y ello impone precisar la manera en que la indicada protección debe extenderse al mundo digital (en el caso, a los datos generados por los dispositivos móviles).

para con las cámaras instaladas en distintos lugares públicos **(87)**.

Nuevamente se presenta la tensión entre el interés social en la averiguación de delitos —además de la prevención— con el menoscabo de derechos personalísimos (en especial, el de la privacidad), a cuyo fin se llama la atención no solo de la existencia de “falsos positivos” del sistema, sino del riesgo de su empleo abusivo ajeno a los fines de las normas (hasta convertirlo en una herramienta de vigilancia masiva o de seguimiento de la población en los espacios públicos), además de la posibilidad de transformar, como consecuencia de ello, el modo de actuar de las personas en los lugares públicos **(88)**.

De modo similar a los supuestos indicados en VIII.1 y VIII.2 (ver VIII.3), el legislador —además, de cumplir con el principio de legalidad— debe precisar con rigurosidad los supuestos en que es factible la restricción de los derechos personalísimos (principios de proporcionalidad y excepcionalidad) en aras del resguardo del interés social e implementar mecanismos de control de su empleo **(89)**.

VIII.5. De lege ferenda

Lo cierto es que la señalada tensión entre el resguardo de derechos personalísimos y el interés social en la prevención y la investigación de los delitos, requiere que el legislador —adecuándose a las particularidades de las nuevas tecnologías— precise los supuestos en que es factible la restricción de derechos constitucionales en aras al resguardo del último interés. A su vez —como pauta general—, la constitucionalidad de las restricciones debe estar orientada a la tutela de derechos constitucionales (como

(87) Sobre las características del sistema, FERREYRA, Eduardo, “Reconocimiento facial en el espacio público de CABA y los peligros para los derechos humanos”, *AR/DOC317/2020*.

(88) *Ibidem*.

(89) En una publicación (diario *La Nación* del 21/12/2019) se llama la atención sobre la red digital que se está instalando en China (una combinación de escáneres de celulares, cámaras, bases de datos de rostros), atribuyéndole la finalidad de constituirse en la mayor red global de espionaje a civiles.

los personalísimos), la seguridad nacional o el orden público.

Algunas de las pautas a computar a los fines de establecer legislativamente las restricciones pueden ser las siguientes: la necesidad de una autorización judicial; el tipo de medidas susceptibles de ser dispuestas; la consagración del principio de excepcionalidad de las medidas; la existencia de elementos indicativos de su idoneidad en la investigación de los hechos; la proporcionalidad de ellas correlacionadas con la naturaleza de los hechos y los delitos investigados; la enunciación de los limitados delitos materia de la investigación en que las medidas pueden ser dispuestas; la enunciación de los casos en que por la urgencia y la importancia de los derechos comprometidos es factible prescindir de algunos de los requisitos legales, etcétera.

IX. Final

Las enunciaciones de los riesgos señalados en algunos de los números anteriores —ampliamente conocidas y reitero, solo ejemplificativas— tienen por finalidad llamar la atención acerca de la magnitud de los riesgos que suscitan los nuevos conocimientos y las nuevas tecnologías para los derechos personalísimos.

Un antídoto relevante —además de la información y la educación (que también debería formar parte de una legislación educativa, abarcativa de una tecnología con formación obligatoria comprensiva de los riesgos y la manera de contrarrestarlos)— le incumbe al Derecho con

el centro en la reafirmación de los valores humanos y, sobre todo, en el resguardo de los derechos personalísimos. En ese orden, destaqué algunas de sus respuestas a las nuevas amenazas; formulé propuestas de interpretación del derecho vigente; el papel que en el tema le incumbe al derecho penal y la importancia y el alcance del principio de prevención en el ámbito civil, y realicé algunas sugerencias de *lege ferenda*.

Independientemente de ello, un rol significativo incumbe a los propios gigantes de la tecnología, quienes estarían implementando medidas que posibiliten a los usuarios tener más control sobre los datos que comparten en internet (90) a quienes, por otra parte, el art. 1º de la ley 25.690 impone la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos de internet al momento de ofrecer los servicios, independientes de las formas de perfeccionamiento de los contratos (telefónicos o escritos). Resulta indispensable, además, comenzar a considerar la viabilidad de establecer acuerdos para la consagración de normas universales de modo de superar la dificultad que supone, como se dijo, regular con normas locales un fenómeno que, por su naturaleza, es transnacional.

(90) Datos del diario *Clarín* (26/12/2019) o, en todo caso, al legislador a fin de implementar procedimientos obligatorios tendientes a ese fin. Resulta indispensable, además, comenzar a considerar la viabilidad de establecer acuerdos para la consagración de normas universales para determinados problemas —de esa naturaleza universal— que plantea internet.

El impacto de las nuevas tecnologías en la relación médico-paciente

Noemí L. Nicolau

Sumario: I. Introducción.— II. Las nuevas tecnologías en la medicina de investigación.— III. Las nuevas tecnologías en la atención de los pacientes.— IV. El impacto de las nuevas tecnologías en los derechos personalísimos del paciente en su relación con el médico.— V. Conclusiones.

I. Introducción

En las últimas décadas, la medicina ha progresado de manera notable por el empleo cada vez más extendido de las denominadas “nuevas tecnologías”, que han contribuido a grandes avances en las investigaciones clínicas y en la práctica cotidiana de atención de pacientes.

La expresión “nuevas tecnologías”, tan empleada como poco definida, refiere, en general, a los “sistemas y recursos para la elaboración, almacenamiento y difusión digitalizada de información basados en la utilización de tecnología informática (...) (redes de ordenadores, satélites, televisión por cable, multimedia, telefonía móvil, videoconferencia)” (1).

En la medicina, esas nuevas tecnologías se subsumen en las tecnologías de la salud, en las que se comprenden “los medicamentos, dispositivos médicos y quirúrgicos utilizados en la atención médica y los sistemas organizacionales y de soporte al interior de los cuales se provee dicha atención”. La mayoría de esas tecnologías fueron desarrolladas en áreas diferentes a la investigación biomédica, por ejemplo, el láser, el ultrasonido, la resonancia magnética y

la principal incorporación tecnológica del sector: la informática (2).

Respecto de ese asombroso mundo tecnológico en la medicina del siglo XXI, es evidente que no solo coadyuva en la relación personal entre médico y paciente, sino que, cuando la tecnología es empleada con el máximo respeto a las reglas éticas y legales protectorias de la persona, proporcionan enormes beneficios a los sistemas de salud colectiva (3), tal como se ha verificado durante la pandemia desatada por la enfermedad del coronavirus (COVID-19).

En este trabajo se analiza de qué modo ellas influyen positiva o negativamente en los derechos personalísimos del paciente en su relación con el médico, pues es un vínculo que merece atención, dados los desafíos jurídicos que plantea. Por un lado, por su particular estructura, nacida de la conexidad entre dos negocios jurídicos, el contrato de prestación profesional y el negocio personalísimo, conocido como consen-

(2) BUGLIOLI BONILLA, Marisa - PÉREZ GALÁN, Ana, “Evaluación de tecnologías de salud”, *Rev. Méd. Urug.*, 1, vol. 18, Montevideo, mayo 2002.

(3) P. ej., “El manejo de lo que se ha denominado *big data* puede ayudar a la prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades, agrupando millones de datos que analizados desde el punto de vista epidemiológico pueden ser interpretados en beneficio de la comunidad” (DE ARRIBA DE LA FUENTE, Gabriel, “La medicina hospitalaria del siglo XXI. ¿Qué está cambiando?”, *RIECS*, 2017, 2, 2).

(1) GARCÍA TESKE, “Los discursos sobre las nuevas tecnologías en contextos educativos: ¿Qué hay de nuevo en las nuevas tecnologías?”, *Revista Iberoamericana de Educación*, 41/4.

timiento informado del paciente (4). Por otro, porque se trata del ejercicio de derechos fundamentales cuya afectación preocupa al sistema jurídico de derecho privado, encargado de velar por su protección, verificando que se respeten entre particulares los tratados internacionales de derechos humanos (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.).

II. Las nuevas tecnologías en la medicina de investigación

La medicina de investigación se ha desarrollado siempre en un complejo marco bioético y jurídico de Derecho público y Derecho privado, complejidad que se acrecienta en este tiempo por el empleo de las tecnologías digitales. Desde la perspectiva de Derecho privado, interesa considerar su empleo adecuado en algunas de las múltiples relaciones jurídicas que se traban entre particulares para llevar adelante una investigación.

Se analizarán las relaciones jurídicas entre el equipo de investigación y el efector en el que trabaje, las relaciones entre ese equipo y las personas que ingresan al protocolo de investigación y las relaciones entre esas personas y el efector. Más adelante se tratará la influencia de las nuevas tecnologías en los derechos personalísimos de los participantes en la investigación. Como es sabido, rigen al respecto numerosas normas éticas de larga data y normas legales especiales, que no siempre son respetadas como corresponde.

En la investigación médica, todo protocolo multicéntrico que pretenda ejecutarse en un país debe contar con las autorizaciones previas que las reglamentaciones nacionales exigen en miras a la protección de la población, para que esta no quede expuesta a cualquier experimentación descontrolada. El Código Civil y Comercial alude a esa autorización en el art. 58, inc. d). El organismo autorizante debe asumir el deber

preventivo de proteger los derechos de los intervinientes en la investigación, a cuyo fin debe controlar que el Proyecto describa con corrección los objetivos que se propone alcanzar y explicita el método científico que se aplicará, y debe verificar si es el apropiado para lograr esos objetivos propuestos (5).

Debe también comprobar si para la obtención de resultados correctos es necesario recurrir al empleo de nuevas tecnologías, en cuyo caso debe considerar si estas están disponibles de manera adecuada en el país y al alcance del equipo de investigación. En caso contrario, no debería autorizarse la investigación, porque el proyecto será inviable en cuanto a la obtención de resultados válidos y, por tanto, ética y jurídicamente incorrecto, pues supone someter a las personas intervinientes a procesos que resultan inútiles para la salud individual y colectiva.

II.1. Relación entre el equipo de investigación y la institución de salud en la que se radica el proyecto

El director o responsable del equipo de investigación puede encontrarse en relación de dependencia con la institución en que radica su proyecto, por tratarse de un profesional que trabaja en ese efector, o bien puede celebrar con la institución un contrato atípico o de colaboración.

Previo a comenzar la ejecución, el proyecto debe ser presentado para su aprobación a la institución en que se radicará. En esa oportunidad los comités respectivos evaluarán que se haya cumplido con todas las formalidades exigidas y que, de acuerdo con el art. 58 del Cód. Civ. y

(5) En el país el primer órgano de control es la ANMAT, que no solo autoriza sino que debe controlar el proceso de la investigación. En ese sentido p. v. JNPenal Econ. Nº 2, 28/12/2011, "Glaxosmithkline Argentina SA - A. H. - T. M. s/ infracción ley 16.463", DFyP 2012 (marzo), 235; DJ 18/04/2012, 64, caso en el que la ANMAT había autorizado a una empresa para que realizara ensayos clínicos en mira a la aprobación de una vacuna cuya finalidad era la de prevenir la neumonía y la otitis media aguda. Dichas pruebas fueron llevadas adelante en personas menores de ambos sexos, sin el consentimiento informado que debían brindar sus responsables. A raíz de ello, impuso sanciones de multa al laboratorio y a los investigadores intervinientes. Apelada la resolución administrativa, el tribunal la confirmó.

(4) P. v. NICOLAU, Noemí L., "El acto jurídico personalísimo, instrumento para la dinamización de los derechos personalísimos", en *Estudios de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al Académico Dr. Santos Cifuentes*, Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019, p. 33.

Com., el proyecto esté descripto con claridad y explique el método que se aplicará —inc. a)—.

Cuando la investigación emplea las *nuevas tecnologías*, el Comité de control de la institución que lo radica debe verificar de nuevo que el equipo cuente efectivamente con todas las que sean necesarias de acuerdo con el método que aplicará. Además, en este caso, es fundamental que en la presentación se acredite que el equipo tiene la formación y las calificaciones científicas y profesionales apropiadas —art. 58, inc. b), Cód. Civ. y Com.— para emplear las nuevas tecnologías que se consignan, dado el alto grado de especialización que se exige hoy para el empleo de las tecnologías innovadoras que involucran equipamiento costoso y personal superespecializado (6).

La concreción del proyecto exige, además, la aprobación previa de un comité de evaluación de ética en la investigación, encargado de controlar el cumplimiento de las normas éticas protectorias de la persona. En la legislación argentina este requisito ha sido incorporado al inc. c) del art. 58 ya mencionado. La norma exige que el comité de ética de la investigación se encuentre acreditado, por lo que es recomendable constituirlo como interdisciplinario, autónomo y, preferiblemente, no rentado. Además, sus miembros, a fin de actuar para prevenir los daños que puedan causarse a los participantes en la investigación, deben poseer la experticia que les permita vislumbrar los núcleos problemáticos de los proyectos que pueden poner en riesgo los derechos de esas personas.

La revisión ética de los protocolos de investigación en que se empleen las nuevas tecnologías debe considerar en forma detenida los problemas éticos que pueden derivarse de su uso y debe verificar de qué manera se ha contemplado en el diseño del proyecto la protección de los derechos de los pacientes y participantes.

El trámite de aprobación ética de un protocolo de investigación no es un mero trámite administrativo, sino una cuidadosa tarea científica que requiere estudio detenido por

parte de los miembros del comité y, además, en la mayoría de los casos, exige la consulta a expertos ajenos a él, todo lo cual impide la aceleración del proceso de revisión que, para ser eficiente, requiere un tiempo adecuado de consulta y reflexión.

Por esa razón no parece acertada la res. 908/2020 que ha emitido el Ministerio de Salud, del 12/05/2020 en la que se fijan “Pautas éticas y operativas para la evaluación ética acelerada de investigaciones relacionadas con el COVID-19”. No solo merece ser observado el título elegido para la identificación de la resolución, “evaluación ética acelerada”, sino varios de sus artículos (7).

En cualquiera de esos contextos las nuevas tecnologías tornan más exigentes las responsabilidades de las partes de los contratos. Es posible que se empleen numerosas herramientas de informática y de inteligencia artificial, razón por la que el comité de ética debe verificar cuál es la información veraz, clara, precisa y completa que se brinda al respecto a los participantes en la investigación y cuáles son los medios para la protección de sus derechos personalísimos.

(7) NICOLAU, Noemí, “La persona humana, sus derechos personalísimos y la emergencia sanitaria COVID-19”, en *Abordajes disciplinares sobre el COVID-19*, Universidad Nacional de Rosario, Consejo de Investigaciones, Rosario, agosto 2020, <http://rephip.unr.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/2133/18773/ABORDAJES%20DISCIPLINARES%20SOBRE%20EL%20COVID-19%20-20CIUNR.pdf?sequence=3&isAllowed=y>, ps. 288 y ss. Se critica la notoria contracción temporal propuesta en la norma. Aunque se admite excepciones, se propicia una semana para una evaluación ética y se exige adaptar los mecanismos habituales de cumplimiento de los principios éticos al nuevo contexto de la emergencia sanitaria. Se critica también que desde el momento en que se diagnostica al paciente se solicite su consentimiento para investigaciones futuras, invalidando de ese modo el consentimiento por falta de contemporaneidad. Tampoco se exige de manera expresa el encriptamiento y el anonimizado de los datos por tratarse de datos sensibles (arts. 7º y 8º, ley 25.326). Debería, asimismo, aclararse la confusa norma referida a los conflictos de interés. Es importante que la resolución recomiende observar que la investigación tenga valor social, sea relevante y tenga validez científica, sin confundir diseños alternativos con diseños científicamente inválidos o poco sólidos.

(6) BUGLIOLI BONILLA, Marisa - PÉREZ GALÁN, Ana, ob. cit.

II.2. Relaciones jurídicas entre el equipo de investigación y los participantes en el proyecto

Las relaciones jurídicas que se analizan en este párrafo pueden trabarse entre un investigador y una persona enferma que es incluida en un protocolo para tratar su enfermedad y, a la vez, investigar respecto de ella, y también puede suceder que el participante en el protocolo sea una persona sana, que consiente ser incluida en la investigación, en cuyo caso los deberes de información y la responsabilidad general son aún más exigentes.

Esa relación estuvo regulada, desde mediados del siglo pasado, por normas éticas universales de gran prestigio, tales los “Principios éticos para las investigaciones éticas en seres humanos” de la Asociación Médica Mundial, Helsinki (1964), enmendados en Tokio (1975), Venecia (1983), Hong Kong (1989), Sudáfrica (1996), Edimburgo (2000), Seúl (2008) y Fortaleza (2013).

Desde el punto de vista jurídico ese vínculo se establece en torno a una conexasidad negocial que tiene su fuente en el contrato de prestación profesional celebrado entre médico y participante al que se liga, contemporánea o sucesivamente, un acto jurídico personalísimo, mediante el cual esa persona autoriza al investigador para invadir su zona de reserva, denominado consentimiento informado, como se verá más adelante.

En la actualidad, el régimen jurídico básico en el derecho argentino se encuentra en los arts. 58 y 59 del Cód. Civ. y Com., que derogó, en forma implícita, las normas respectivas de la ley 26.529, dejando vigentes otras partes de ese ordenamiento. El art. 58, a fin de preservar la vida y la salud de los participantes en una investigación médica, dispone que las intervenciones, ya sean tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no estén comprobadas científicamente, solo serán realizadas si se cumplen determinados requisitos, algunos de los cuales ya se enunciaron.

En ese contexto los efectos del empleo de las nuevas tecnologías, cada vez más frecuente en las investigaciones médicas, deben ser informados de manera cuidadosa a los participantes a fin de que presten un consentimiento muy

esclarecido acerca de sus derechos. No es suficiente la explicación que se brinda a un paciente respecto del tratamiento, las alternativas, etc., sino que es necesario explicarle en detalle la influencia que puede tener en su vida personal respecto de sus derechos personalísimos, el empleo de IA, monitoreo, etc. por ejemplo, porque vea invadida su privacidad o su imagen. Debe hacérsele saber de manera clara cuál es el modo en que se protegen sus datos sensibles.

En la presentación del proyecto para su evaluación debe explicarse fundadamente la comparación entre los riesgos y las cargas que asume el participante en relación con los beneficios previsibles que la investigación le aportará a su persona y a la sociedad. En el caso de emplearse nuevas tecnologías, al puntualizar los riesgos y las cargas que representa el desarrollo de la investigación debe indicarse con precisión cómo se tratará de paliar los específicos riesgos del empleo de algunas de esas nuevas tecnologías.

Quizá lo más importante respecto de ese particular vínculo que une a la persona participante en la investigación con el equipo sea que la inclusión en el proyecto esté precedida de un consentimiento realmente bien informado y libre.

II.3. Relaciones jurídicas entre los participantes en la investigación y la institución en la que se encuentra radicado el proyecto

Esas relaciones se caracterizan por ser, también, relaciones contractuales conexas, derivadas de la relación subyacente entre el contrato celebrado por la institución con el director o responsable del equipo de investigación y las de este con los participantes.

En muchas ocasiones se piensa que una investigación es un proyecto personal de su director, de modo que la institución en la que se desarrolla suele no prestar adecuada atención a lo que sucede en el proceso. Durante largos años de investigación suele no advertirse la responsabilidad que se asume, en especial frente a los participantes en el proyecto. Si el objeto de la investigación es ajeno al mundo de la patentabilidad de los resultados, es muy probable que institucionalmente nadie preste demasiada

atención a lo que sucede en el proyecto con los pacientes.

III. Las nuevas tecnologías en la atención de los pacientes

La medicina progresa en forma vertiginosa en todas sus áreas y, en especial, en la atención de los pacientes. En ese entorno surgen nuevos modelos de medicina que van modificando la atención clásica.

Por ejemplo, puede mencionarse la “medicina centrada en el paciente”, que fue introducida por Balint en 1957 en contraposición con la “medicina centrada en la enfermedad”, que en los últimos tiempos puso demasiado énfasis en la tecnología. La medicina centrada en el paciente es un método clínico más integral, sistémico y holístico, que se centra en la persona como un ser biológico, psicológico y social, y fue desarrollado por Stewart y Brown en 1995. En el ámbito pragmático, intenta proporcionar vías para entender la “experiencia de enfermar” del paciente, considerándola una parte fundamental para llegar al diagnóstico y a un adecuado tratamiento (8).

Otro modelo, que parece un tanto en oposición al anterior, es la denominada “medicina de precisión”, que ha sido conceptualizada como aquella que permite adaptar sistemas de información y datos a la capacidad de diagnóstico y tratamiento, según las características y las necesidades de cada individuo, para proveer soluciones seguras, eficaces y sustentables (9).

También tiene seguidores la “medicina basada en la evidencia”, definida por su promotor más conocido, David Sackett, como “la utilización consciente, explícita y juiciosa de la mejor evidencia científica clínica disponible para tomar decisiones sobre el cuidado de cada paciente”. Se buscan las intervenciones más efica-

ces y seguras a emplear en la práctica clínica y se dirige en particular al cuidado del paciente (de forma individual) (10).

Cuando se pone énfasis en la medicina centrada en el paciente, parecería que se intenta prescindir de las nuevas tecnologías; sin embargo, quienes adhieren a ese modelo reconocen que una buena relación médico-paciente requiere de habilidades tan variadas como la tecnología, la perspicacia psicológica y la empatía. Es decir, que es posible superar la tensión si se alcanza el equilibrio entre la humanización en la atención de los pacientes y el empleo rigurosamente ético de las nuevas tecnologías.

Los múltiples beneficios que ellas proporcionan no pueden negarse, en especial por la celeridad y precisión de los estudios que permiten un diagnóstico más certero. Además de los ya señalados, facilitan el otorgamiento de turnos por sistema informático y la concentración de estudios en el mismo día que permiten una mejor y más eficaz organización administrativa del efector de salud y contribuyen a la mejor calidad de vida del paciente, al evitar los trastornos que significan los traslados y las esperas en consultorios. También ofrecen la posibilidad de tener disponibles los antecedentes médicos del paciente en cualquier lugar del mundo; la mayor celeridad para la externación de los pacientes si se obtienen rápido los resultados de los estudios, e inclusive, ofrecen mejores posibilidades para la internación domiciliaria, que es una alternativa asistencial consistente en un modelo organizativo capaz de dispensar a pacientes en su propio domicilio un conjunto de actividades y cuidados sanitarios con complejidad, intensidad y duración comparables a los de una hospitalización convencional cuando todavía precisan de una vigilancia activa y una asistencia compleja (11).

(8) CUBA-FUENTES, María - CONTRERAS SAMAMÉ, Janet - RAVELLO RÍOS, Paúl - CASTILLO NARRO, Miriam - COAYLA FLORES, Saúl, “La medicina centrada en el paciente como método clínico”, *Rev Med Hered.* 2016; 27:50-59.

(9) AIZENBERG, Marisa - JANKILEVICH, Gustavo, “El derecho de la salud y la medicina de precisión”, https://drive.google.com/file/d/1vhr1gTJIUTIQPFFrr8SBU-zlCXum_6RV/view, setiembre 2020.

(10) GONZÁLEZ DE DIOS, J., “De la medicina basada en la evidencia a la evidencia basada en la medicina”, *An Esp Pediatr.* 2001; 55: 429-439.

(11) MUJAL MARTÍNEZ, Abel - REGALADO DE LOS COBOS, José - RUIZ CASTELLANO, María - MIRÓN RUBIO, Manuel - BASTERRETxea OZAMIZ, Andima - ESTRADA CUXART, Oriol - FERNÁNDEZ MARTÍNEZ DE MANDOJANA, Magdalena - GÓMEZ RODRÍGUEZ DE MENDAROZQUETA, M.^a Montserrat - PONCE GONZÁLEZ, Miguel Ángel - TORRES CORTS, Ana María

No obstante, si esas nuevas tecnologías no son operadas con la exigente profesionalidad que demandan y la plena conciencia de los deberes éticos y las obligaciones legales, resultan un instrumento peligroso que puede facilitar la afectación de los derechos personalísimos de los pacientes, tema que se abordará a continuación.

Se observa gran preocupación en la profesión médica, por ejemplo, cuando se dice que “es preocupante que cada vez se toman más decisiones clínicas, sobre todo en enfermos ingresados, basadas en la información obtenida en la pantalla, y no en la anamnesis y exploración física, tan importantes en el pasado. He observado con mucha perplejidad que se puede indicar la realización de un TAC abdominal tras evidenciarse una elevación de la proteína C reactiva, aunque no se haya hablado con el paciente ni explorado su abdomen” (12).

Es que es notable la difusión de la telemedicina, la telesalud o la ciber salud, que son las que emplean en forma más intensiva las nuevas tecnologías de la comunicación e información.

La telemedicina es un nuevo medio de relacionamiento entre el médico y el paciente que ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud como “la prestación de servicios de atención de salud, cuando la distancia es un factor crítico, por todos los profesionales de la salud que utilizan tecnologías de la información y la comunicación para el intercambio de información válida para el diagnóstico, tratamiento y prevención de las enfermedades y lesiones, la investigación y la evaluación, y para la educación continua de proveedores de atención de salud, para la promoción de la salud de los individuos y sus comunidades” (13).

— WANDEN-BEGHE, Carmina - MASSA DOMÍNGUEZ, Beatriz *et al.*, “Derivación a hospitalización a domicilio de pacientes con infección por COVID-19”, *Hosp Domic.* 2020;4[2]:9-17.

(12) DE ARRIBA DE LA FUENTE, Gabriel, *ob. cit.*

(13) WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO), “A Health Telematics Policy in Support of WHO’s Health-For-All Strategy for Global Health Development”, Report of the WHO Group Consultation on Health Telematics, 11-16 Dec., Geneva, 1997; World Health Organization, Geneva, 1998.

Ese documento se ha difundido en el país como consecuencia de las necesidades surgidas de la pandemia del COVID-19; sin embargo, ya se contaba con algunas normas antes de la llegada de la enfermedad, pues el Ministerio de Salud había dictado la res. 21/2019 que en su art. 5º ofrece “Recomendaciones para el Encuentro entre el profesional de la salud y el paciente utilizando las tecnologías de la información y comunicación en tiempo real. Recomendación para el uso de la telemedicina”.

En la citada resolución se adopta la definición de telemedicina de la OMS y se puntualiza que la “telesalud es un concepto más amplio que incluye a la gestión de la salud pública, la medicina, la educación en salud y la investigación, todo ello facilitado por las tecnologías de la información y comunicación”.

Se recomienda que el paciente pueda elegir el profesional y la modalidad del encuentro (presencial o virtual) que sienta más acorde para resolver su problema de salud, en tanto estén disponibles. Es necesario que cada institución de salud garantice que ofrecerá a los pacientes la mejor explicación acerca de los beneficios y los potenciales riesgos del uso de las tecnologías para su atención a distancia, según lo previsto en los arts. 5º a 10 de la ley 26.529 y el art. 59 del Cód. Civ. y Com.

La teleconsulta debe ser consensuada entre médico y paciente. Se recomienda que se ofrezca por videoconferencia y se desarrolle con calidez y seriedad en un entorno adecuado, en las instituciones de salud, en un espacio edilicio apropiado, a prueba de ruidos, con luz ambiental indirecta, con mobiliario y equipamiento acorde con la especialidad y pintado de colores que no comprometan la buena visibilidad de los involucrados, al ser vistos estos a través de los monitores. En caso de uso de tecnologías con transmisión de audio y video en simultáneo, se recomienda emplear sistemas con cifrado y encriptado, vigentes, actualizados y que aseguren los estándares de mayor calidad y seguridad posibles.

La telemedicina puede abordarse por dos medios operativos básicos: en tiempo real o modo sincrónico, las personas que intervienen en la sesión deben encontrarse simultáneamente; en

tiempo diferido o modo asincrónico, supuesto en el que el diagnóstico o la consulta de la información enviada no implican una situación de emergencia, y se puede diferir su consulta en minutos y horas, utilizando, por ejemplo, el correo electrónico como medio de transmisión de la información (14).

La teleconsulta es la herramienta que ha facilitado en gran medida la relación médico-paciente durante el aislamiento decretado por la pandemia de COVID-19, pero se debería controlar en qué medida se vienen cumpliendo en el país las detalladas recomendaciones de las autoridades al respecto. Las instituciones médicas han resuelto el problema de la consulta de los pacientes, han establecido ciertas pautas para el pago de esas prestaciones, pero se hace caso omiso del cuidadoso entorno en el que deben concretarse.

Se ha dicho que la reunión virtual reemplaza el contacto comunicacional personal y que su extensión y sobreutilización plantean inquietantes interrogantes acerca de sus implicancias en el nivel y calidad de la atención médica y el procedimiento con que ha de instrumentarse el consentimiento informado. Tiene sus riesgos, como empobrecimiento de la comunicación y el lenguaje; riesgos de comprensión equívoca de las indicaciones médicas; así como omisiones de diagnóstico por ausencia de la clínica (15);

Al respecto, es importante la Declaración de la Asociación Médica Mundial (16) cuando afirma que la consulta presencial entre el médico y el paciente es la regla de oro de la atención

(14) RABANALES SOTOS, Joseba - PÁRRAGA MARTÍNEZ, Ignacio - LÓPEZ-TORRES HIDALGO, Jesús - PRETEL, Fernando A. - NAVARRO BRAVO, Beatriz, "Tecnologías de la información y las telecomunicaciones: telemedicina", *Rev. Clin. Med. Fam.*, 1, vol. 4, Albacete, feb. 2011.

(15) TOBÍAS, José W., "El consentimiento informado y sus límites", LA LEY 2019-F, 1012; RCyS 2020-II-3; DFyP 2020 (feb.), 20/02/2020, 107.

(16) Declaración de la AMM sobre la ética de la telemedicina, adoptada por la 58a. Asamblea General de la AMM, Copenhague, Dinamarca, octubre 2007, y enmendada por la 69a. Asamblea General de la AMM, Reikiavik, Islandia, octubre 2018. <https://www.wma.net/es/politicas-post/declaracion-de-la-amm-sobre-la-etica-de-la-telemedicina/>.

clínica. En ese documento se señala que la telemedicina debe ser utilizada sobre todo en situaciones en las que el médico no puede estar presente de manera física en un tiempo seguro y aceptable, y se puede usar en la gestión de enfermedades crónicas o del seguimiento después del tratamiento inicial, cuando se haya probado que es segura y eficaz.

Las iniciativas de telemedicina aplicada a la gestión de enfermedades crónicas son muy numerosas, tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea, aunque la mayoría están en período de evaluación (17).

La ciber salud está en el centro del proyecto de estrategia mundial sobre salud digital 2020-2024 de la Organización Mundial de la Salud, que se basa en resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Asamblea Mundial de la Salud, informes mundiales y regionales conexos de la OMS, estrategias regionales y otros documentos relacionados a temas digitales y de innovación.

El propósito de la estrategia mundial es fortalecer los sistemas de salud mediante la aplicación de tecnologías de salud digital para lograr la visión de la salud para todos. Se entiende por salud digital el campo del conocimiento y la práctica relacionados con el desarrollo y la utilización de las tecnologías digitales para mejorar la salud. La salud digital amplía el concepto de ciber salud para incluir a los consumidores digitales, con una gama más amplia de dispositivos inteligentes y conectados. También abarca otros usos de las tecnologías digitales para la salud, como internet de las cosas, el aprendizaje automático, la inteligencia artificial, la informática avanzada, el análisis de macrodatos y la robótica.

En el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas denominado "Juntos por la salud, un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)", se considera de manera especial las nuevas tecnologías. En el tercer objetivo estratégico propuesto, se dice: "Las nuevas tecnologías pueden revolucionar los sistemas de

(17) ESTELLA, A., "Del papel a las nuevas tecnologías en la comunicación con nuestros pacientes", *Revista de Calidad Asistencial*, 6, vol. 32, ps. 349-350 (nov.-dic. 2017).

salud y de atención sanitaria y contribuir a su sostenibilidad futura. La sanidad electrónica, la genómica y las biotecnologías pueden mejorar la prevención de enfermedades y la prestación de tratamiento y favorecer un cambio de la asistencia hospitalaria hacia la prevención y la atención primaria. La sanidad electrónica puede ayudar a prestar una atención más centrada en la persona, a disminuir los costes y a favorecer la interoperatividad entre las fronteras nacionales, facilitando la movilidad y la seguridad de los pacientes. Sin embargo, conviene evaluar correctamente las nuevas tecnologías, en particular en relación con aspectos como la rentabilidad y la equidad y tomar en consideración sus implicaciones en cuanto a la formación y a la capacidad de los profesionales. Nuevas tecnologías poco conocidas pueden suscitar preocupaciones de orden ético y es preciso abordar las cuestiones relativas a la confianza y la certidumbre de los ciudadanos”.

Como puede observarse, las iniciativas y los desarrollos tecnológicos son vastísimos. En ese contexto la doctrina argentina reclama una regulación nacional que contemple aspectos básicos relacionados, sobre todo, con la práctica de la telemedicina, particularmente aquella vinculada con la relación médico-paciente. Se ha dicho que es necesario un sistema armonizador que se beneficie de los avances de la tecnología con el único y exclusivo fin de beneficiar el nivel y calidad de la atención médica, respetuosa, por lo tanto, del derecho a la salud y la vida de los pacientes y de su libertad de autodeterminación (lo cual supone que se ha de cumplir en plenitud el deber de información) **(18)**.

En la actualidad, solo se encuentra una mínima regulación de la teleasistencia en la ley 27.553 de Prescripción de Medicamentos en Modo Electrónico. En su art. 1º establece que es válida toda plataforma de teleasistencia en salud siempre que reúna los requisitos técnicos y legales pertinentes. Incorpora a la ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina un art. 2º bis mediante el cual se “habilita la modalidad de teleasistencia para el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas, garantizando los derechos establecidos en la ley 26.529 de Derechos del Paciente. La teleasistencia

puede desarrollarse solo para prácticas autorizadas a tal fin, de acuerdo con protocolos y plataformas aprobadas para la misma por la autoridad de aplicación”. En el art. 3º la ley dispone que el Poder Ejecutivo debe designar a la autoridad de aplicación del nuevo régimen, que será la encargada de regular el uso de esas plataformas, debiendo desarrollar y/o adecuar los sistemas electrónicos existentes.

Una reciente aplicación de las nuevas tecnologías de la comunicación e información en materia de salud es la registración y emisión de “Certificados digitales de hechos vitales” a partir de la res. conj. MSal - ANSeS - RENAPER 6/2020 del 03/09/2020. Debe interpretarse que los certificados a que se hace referencia se relacionan con el registro de nacimientos y defunciones, y las constancias de supervivencia requeridas por los órganos previsionales. Si esa es la correcta interpretación no se avanzaría sobre otros aspectos que involucren los derechos personalísimos. No obstante, habrá que atender a cómo se esclarece el art. 5º de la resolución que es un tanto confuso: “El Ministerio de Salud definirá todo lo concerniente a la inclusión de datos estadísticos en los ‘Certificados digitales de hechos vitales’ en consonancia con la normativa vigente para los certificados que se emiten en formato papel”.

IV. El impacto de las nuevas tecnologías en los derechos personalísimos del paciente en su relación con el médico

Las nuevas tecnologías empleadas en la medicina proporcionan importantes beneficios para la salud de las personas y el progreso de la ciencia, como puede apreciarse. Pero no puede obviarse la consideración de los mayores riesgos a que quedan sometidos los derechos personalísimos de los pacientes. Es que, si bien en cualquier modelo de medicina pueden afectarse la vida, la integridad física, la privacidad o la imagen del paciente, las tecnologías potencian esas probabilidades de riesgos por las complejidades que presentan, por la celeridad que imponen a todos sus trabajos, por la masividad y la velocidad de circulación de datos sensibles.

En forma reiterada se ha aludido en este trabajo a los derechos personalísimos, por lo que resulta conveniente examinar brevemente la

(18) TOBÍAS, José W., ob. cit.

noción y la clasificación que de ellos proporciona la doctrina, para lograr una mejor comprensión de los problemas jurídicos que las nuevas tecnologías plantean en ese ámbito y para poder evaluar la protección que el sistema jurídico brinda a la persona humana que es su titular.

En consecuencia, se recuerda la definición de los derechos personalísimos formulada en la doctrina argentina: “son derechos subjetivos, privados, innatos y vitalicios que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona, y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesario, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical” (19). Más recientemente se ha dicho que son “derechos subjetivos que le corresponden a la persona por su condición humana” y que “se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral” (20).

La noción de derechos personalísimos y su identificación o distinción con los derechos fundamentales han generado intensos debates en los que no es posible entrar en esta oportunidad. Vale afirmar que los derechos personalísimos constituyen una categoría propia del derecho privado y son el objeto de relaciones entre particulares, aunque están vinculados al derecho constitucional por su carácter de derechos fundamentales que, como tales, gozan de toda la protección de las garantías constitucionales (21).

La doctrina los ha clasificado con diversos criterios. La taxonomía clásica los agrupó en un sector físico (el derecho a la vida y a la integridad corporal), en un sector espiritual (derecho a la intimidad, a la imagen, a la identidad, al honor) y el derecho a la libertad. Con mayor preci-

sión se ha elaborado una clasificación tripartita: el derecho a la vida; los derechos vinculados a la esfera corporal o física (el derecho a la integridad corporal o física) y los derechos vinculados con la esfera espiritual o moral (el derecho a la libertad, a la intimidad, a la propia imagen, el honor, a la reputación) (22).

La persona que recurre a la atención médica en el ejercicio de sus derechos personalísimos y patrimoniales celebra con el profesional dos negocios jurídicos conexos, como ya se insinuó. Por un lado, se perfecciona el contrato de prestación profesional que, generalmente, es un contrato verbal, gratuito u oneroso, mediante el cual las partes gozarán de los derechos y asumirán las obligaciones emergentes del contrato de servicios. Por otro lado, en conexión contemporánea o sucesiva, se celebra un negocio jurídico personalísimo denominado consentimiento informado, que es un hecho humano voluntario lícito celebrado entre el profesional interviniente y el paciente, mediante el cual este último dispone de sus derechos personalísimos y autoriza al profesional para invadir su zona de reserva, después de haber recibido información clara, suficiente, adecuada, veraz y objetiva respecto de su estado de salud y las demás circunstancias establecidas en las reglas éticas y legales (23).

Teniendo en cuenta los desarrollos doctrinarios de la conexidad negocial, es importante considerar los dos referidos actos jurídicos como actos conexos y, por tanto, aplicarles, por analogía y en lo pertinente, el régimen de los contratos conexos previsto en el art. 1073 del Cód. Civ. y Com. Se trata de actos jurídicos autónomos, uno patrimonial y otro personalísimo, vinculados por una finalidad común, la atención médica y la salud del paciente, de modo que uno de ellos, el contrato de prestación profesional, ha sido determinante del consentimiento para el logro del fin perseguido. En consecuencia, esos actos conexos deben ser interpretados uno por medio del otro, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del conjunto y de la finalidad perseguida (art. 1074, Cód. Civ. y Com.).

(19) CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2ª ed., p. 200.

(20) Tobías, José W., *Tratado de Derecho civil, Parte general, Tomo II*, La Ley, Bs.As., p. 4, con cita de Rivera Julio César, *Parte general*, 5a. Edic. Abeledo Perrot, Bs.As., 2010, tomo I, p.681.

(21) TOBIÁS, José, “Derecho de las personas. Instituciones de Derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 514; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “Los derechos personalísimos y sus principales caracteres”, en *Estudios de los derechos personalísimos...*, ob. cit., p. 26.

(22) TOBIÁS, José, “Derecho de las personas...”, ob. cit., p. 526.

(23) NICOLAU, Noemí L., “El acto...”, ob. cit., p. 48.

Si se comprende la dinámica de estos negocios jurídicos se percibe con facilidad que las nuevas tecnologías médicas facilitan su celebración por vía telemática. De manera que, por ejemplo, concertada una teleconsulta, el contrato de prestación profesional se formaliza verbalmente a remoto y, si se tratara de una práctica que exige extender el consentimiento informado por escrito (art. 7º, ley 26.529), ese acto se extendería mediante un instrumento privado con firma digital (24), pero si no se cuenta con la correspondiente firma digital del paciente y del médico sería necesario perfeccionarlo en soporte papel.

Los beneficios de la tecnología en esta materia son indudables; sin embargo, las posibilidades de interferencias en la red electrónica y los errores en el manejo de los elementos implican riesgos que deben prevenirse. Existen múltiples recomendaciones para su empleo que giran en torno a asegurar la calidad, seguridad y protección de los datos personales y sensibles. Se recomienda que las tecnologías estén sometidas a las más rigurosas evaluaciones técnicas, sanitarias, éticas y legales vigentes para su uso en telemedicina. Se requiere que los sistemas de información en salud tengan protocolos de seguridad y ciberseguridad para la inviolabilidad de la información, que comprendan el uso de sistemas con cifrado y encriptado, vigentes, actualizados que aseguren los estándares de mayor calidad y seguridad posibles (25).

(24) En el derecho positivo argentino la firma digital está regulada por la ley 25.506, que la define como el "resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma". Acerca de los desafíos de los instrumentos digitales en la pandemia, p. v. MÁRQUEZ, José E., "Los instrumentos digitales: su validez y eficacia", en ANDRUET (dir.), Armando S., *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 43, disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/08/LIBRO-COLECTIVO-ACADEMIA-DERECHO-CORDOBA-LA-LEY-ed.-Andruet.pdf>.

(25) Disp. 1/2019 MSyDS, Dirección Nacional de Sistemas de Información en Salud. Aprueba la 1a. recomendación para el uso de la telemedicina: encuentro

Las nuevas tecnologías hacen posible en este tiempo intervenciones quirúrgicas de alta complejidad a remoto que conllevan altísimos riesgos para el paciente. En estos casos, antes de obtener su consentimiento, debe brindársele una especial preparación y una cuidada información respecto al empleo que se hará de las sofisticadas tecnologías en su caso particular.

Es evidente que los derechos personalísimos del sector físico están expuestos a mayores riesgos frente a las tecnologías, pero también los del sector espiritual, sobre todo el derecho a la intimidad y a la imagen. Es que desde el simple otorgamiento de turnos computarizados hasta la telemedicina en general y la prescripción de medicamentos por medios electrónicos facilitan la circulación de los datos personales del paciente y en muchas ocasiones impiden el debido cuidado de datos sensibles.

En la actualidad, dado que el sistema nacional no cuenta con normas legales especiales que regulen la tan difundida telemedicina, la afectación de los derechos personalísimos del paciente puede ser muy frecuente, por lo que es imprescindible que se conozcan y respeten las recomendaciones de las autoridades competentes ya citadas y los principios éticos pertinentes.

IV.1. Los derechos personalísimos de los participantes en una investigación, frente al empleo de las nuevas tecnologías

El Código Civil y Comercial establece parámetros bien determinados para que un proyecto de investigación en humanos sea aprobado legal y éticamente, como ya se ha visto. Las previsiones del legislador guardan correlato en gran medida con principios éticos universales, como los ya mencionados.

Esos principios éticos y las normas legales tienen por finalidad, entre otras, preservar a la persona humana de los daños que pueden infligirse a sus derechos personalísimos, en especial, el derecho a la vida y a la integridad corporal. Son normas pensadas teniendo en miras la investi-

entre el profesional de la salud y el paciente utilizando las tecnologías de la información y comunicación en tiempo real.

gación clínica en general, pero, desde hace décadas, la prevención esencial debe referir al uso frecuente de las nuevas tecnologías.

El art. 58 del Cód. Civ. y Com., en su inc. f), exige que en la investigación médica en seres humanos debe contarse con el consentimiento de la persona, el que debe ser “previo, libre, escrito, informado y específico”. Agrega luego que “debe explicarse, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios”.

La información al paciente voluntario de una investigación debe ser, además veraz, tal como se exige veracidad respecto de la información al consumidor (art. 42, CN). “Veraz” debería significar que se explique al voluntario con detalle todo lo relativo a los derechos que lo asisten y a la investigación a la que será sometido, sin ocultamientos ni ambigüedades.

Cuando la investigación está atravesada por el empleo de las nuevas tecnologías la información debe ser específica, esto significa que debe explicarse con términos comprensibles, a la altura de la comprensión de la persona incluida en el proyecto y con total claridad, cómo se proyecta el estudio tratando que la persona entienda en qué consistirá el empleo de las tecnologías y la influencia en su salud, los beneficios y los riesgos. Deberá hacerse conocer cómo se protegerá su privacidad, a cuyo fin debe explicarse el procedimiento que se empleará para que sus datos personales sean anonimizados al ser incluidos en los documentos del proyecto que, por lo general, alcanzan gran circulación.

El inc. h) del art. 58 del Cód. Civ. y Com. exige resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal. Esa protección está vinculada también con el derecho a la imagen. Es frecuente recibir en los comités de ética de la investigación u observar en exposiciones científicas que se incluyen fotografías de pacientes en los que no se ha cuidado la ocultación de su imagen personal.

En el ámbito de las investigaciones, las nuevas tecnologías cumplen un rol técnico fundamental pero también tienen un rol esencial respecto de la calidad de vida de las personas

intervinientes en el proyecto porque podrían evitarle molestias, por ejemplo, si se emplea la telemedicina. Es un instrumento útil para que el equipo de investigación logre cumplir algunos requisitos previstos en la norma legal, como evitar la onerosidad y las molestias al paciente, porque podría tener teleconsulta sin necesidad de trasladarse al centro de salud. Además, la persona podría disponer con facilidad de la atención médica que fuera menester si tuviera problemas derivados de las prácticas de la investigación —art. 58, inc. i), Cód. Civ. y Com.—.

Por otro lado, la tecnología puede ser un medio eficiente para la revocación del consentimiento otorgado por el interviniente en una investigación, manifestación que es, como se sabe, *revocable* por su naturaleza, por lo que no debería exigirse demasiada formalidad. Si la investigación está empleando las nuevas tecnologías es posible que la revocación del consentimiento se envíe por algún medio electrónico o se exprese verbalmente en medio de una teleconsulta con el director del proyecto. En el momento en que este conoce esa voluntad debe atender a ella y, una vez que queda acreditada su autenticidad, debe proceder a excluir a la persona del protocolo.

IV.2. Los derechos personalísimos del paciente frente a las nuevas tecnologías en relación con el consentimiento informado

El consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos en general no se presume, es de interpretación restrictiva y libremente revocable. En el derecho argentino, estos principios están contenidos en el art. 55 del Cód. Civ. y Com.

Por tanto, el consentimiento del paciente está calificado por esa norma legal. En primer lugar, no se presume, de manera que en los supuestos en que se admite el consentimiento verbal no puede recurrirse a la prueba de presunciones y quien afirma que se produjo la manifestación positiva de la voluntad del paciente debe probarlo. Cuando se exige el otorgamiento por escrito, debe acompañarse esa prueba.

La norma exige, además, que la interpretación del consentimiento debe ser restrictiva, es decir, ajustada a la voluntad del legislador o ajustada

a la esfera nuclear del término **(26)**. Como ya se dijo, el consentimiento y el contrato de prestación profesional celebrado entre médico y paciente son actos jurídicos conexos, de manera que está habilitada la interpretación prevista en el art. 1074 del Cód. Civ. y Com., en tanto deben ser interpretados uno por medio del otro, atribuyéndoles el sentido apropiado que surge del conjunto, pero ajustado a la finalidad perseguida, la salud del paciente.

En la relación médico-paciente la manifestación de voluntad del paciente debe ir precedida de una información clara, precisa, adecuada y también completa y veraz. En el instrumento del consentimiento debe dejarse constancia de que se ha brindado toda la información de los diferentes ítems que se indican en el art. 59 del Cód. Civ. y Com. (estado de salud, procedimiento propuesto, objetivos perseguidos, beneficios esperados, riesgos, etc.).

En caso de emplearse nuevas tecnologías en la atención del paciente, la explicación del procedimiento que se propone debe ser dada con las mayores precisiones; en especial, deben detallarse los beneficios, pero sobre todo, los riesgos posibles derivados de esas tecnologías. Por ejemplo, con relación a la teleconsulta, la Declaración de la Asociación Médica Mundial recomienda proporcionar al paciente toda la información necesaria sobre los distintos aspectos de la tecnología que se empleará, cómo funciona la telemedicina, cómo se resguarda la privacidad, la posibilidad de fallas tecnológicas, incluidas violaciones de la confidencialidad, etcétera.

La información al paciente puede ser brindada por el médico mediante teleconsulta, siempre que sea posible mantener una comunicación personal fluida que permita al paciente intercambiar con el médico todas las inquietudes que se le presenten. Cierta corriente propicia que la información se brinde por medios tecnológicos, empleando videos explicativos. Es posible que el uso de esos instrumentos facilite aún más la despersonalización del proceso de información al paciente que, como es sabido,

suele ser con frecuencia un acto formal cumplido, inclusive, por personal administrativo.

Si la información está referida a una práctica médica que requiere consentimiento por escrito, el instrumento no podría ser enviado como documento electrónico, sino que debe extenderse como instrumento privado con la firma del paciente y del médico, siendo necesario disponer de la firma digital a fin de que tenga validez como tal.

Especial atención debe tenerse al momento de brindar información cuando se proponga tratamiento con sofisticada tecnología a un enfermo terminal o que haya sufrido lesiones que lo coloquen en ese estado. Debe ofrecérsele todas las terapias normales y alternativas y explicitarse en detalle el procedimiento tecnológico que se propone emplear porque la alta tecnología es una herramienta compleja que facilita un tránsito veloz al denominado encarnizamiento terapéutico que, por el principio de autonomía del paciente puede ser rechazado —art. 59, inc. g), Cód. Civ. y Com.—.

IV.3. Los derechos personalísimos del paciente frente a las nuevas tecnologías en relación con la historia clínica

Una noción amplia y muy representativa de la historia clínica la concibe como el documento que narra la historia médica de una persona, tanto en sus momentos de enfermedad como de salud **(27)**. La definición más técnica se encuentra en el art. 12 de la ley 26.739 de Derechos de los Pacientes, para la cual es el “documento obligatorio cronológico, foliado y completo en el que conste toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud”.

El paciente es titular de la historia clínica. En ella se implican todos sus derechos personalísimos, no solo los vinculados con el sector físico sino los derechos a la privacidad, la imagen y el honor. Sin duda, el documento clínico refleja también el trabajo intelectual del médico que la elabora, por lo que el profesional tiene derecho,

(26) LARENZ, Karl, “Metodología de la ciencia del Derecho”, Ed. Ariel, Barcelona, 1994, trad. M. Rodríguez Molinero, p. 352.

(27) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “El derecho a la información de salud y el hábeas data específico en la legislación argentina”, SJA 29/11/2017, 39, AR/DOC/4247/2017.

por ejemplo, a emplear en un trabajo científico los datos que surgen de historias clínicas, siempre que mantenga el anonimato de los titulares.

El profesional o las instituciones de salud son depositarios de la historia clínica y como tales tienen la obligación de custodia activa y diligente. Dicha custodia debe permitir la recogida, integración, recuperación y comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad (28).

La historia clínica tiene central importancia en el ejercicio de la medicina clínica. Tradicionalmente se han empleado dos herramientas básicas: la historia clínica, hasta hace poco tiempo solo en soporte papel, y el conocimiento médico del propio facultativo. El volumen de las historias clínicas aumenta en forma acelerada y los conocimientos del médico deben acrecentarse por la velocidad y la cantidad de caminos con que se cuenta. Se ha dicho que las dos cuestiones exigen una transformación digital para ofrecer una asistencia sanitaria de calidad (29).

En ese contexto, las nuevas tecnologías encuentran en la historia clínica digital la manifestación más radical de los beneficios y los riesgos que las rodean. Hay quienes consideran que la historia clínica informatizada es mucho más que el equivalente electrónico del papel, porque su objetivo es mejorar la eficiencia, calidad y seguridad en el cuidado de la vida y la salud. Los beneficios son importantes, tales como disminución de errores en medicina, mejoras a nivel de costo-efectividad, aumento de la eficiencia y posibilidad de brindar un rol activo a los pacientes en la toma de decisiones clínicas.

El ordenamiento normativo argentino regula la historia clínica informatizada en el art. 13 de la ley 26.529 de Derecho de los Pacientes. Según la norma, "El contenido de la historia clínica, puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, au-

tenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma. A tal fin, debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad...".

Es importante destacar que el legislador asumió que debía admitir la tecnología digital en esta materia, pero la condicionó de entrada imponiendo la obligación de seguridad respecto de los registros a fin de mantener los cinco caracteres básicos que toda historia clínica digital tiene que tener: integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad. Esa obligación rige respecto de las instituciones de salud y de los profesionales que en su actividad privada adopten la digitalización.

Se subraya de manera insistente la importancia de la historia clínica en la particular relación médico-paciente. Sin embargo, la digitalización que se propicia lleva también como "propósito mejorar la eficacia, eficiencia y calidad de los servicios de salud prestados, ya sea en el ámbito público, como privado". Es decir, que la información sanitaria contenida en una historia clínica se vuelve un insumo de la salud pública mediante el cual "Se trata de optimizar un aspecto central en la atención sanitaria (los datos y la información sanitaria) a través de la implementación de un sistema ágil y seguro" (30) y, por tanto, deja de ser un mero instrumento privado.

Ese tránsito de lo individual a lo público exige grandes esfuerzos para preservar la privacidad de los titulares de las historias clínicas pues la mínima falla en los sistemas informáticos puede exponer peligrosamente los datos contenidos en una base de historias clínicas. Por tal razón, cuando se propicia el uso de las nuevas tecnologías digitales para centralizar la información sanitaria de los pacientes, inclusive para tender a crear un registro único centralizado de historias

(28) *Ibidem*.

(29) ALTÉS, Jordi, "Papel de las tecnologías de la información y la comunicación en la medicina actual", *Semin. Fund. Esp. Reumatol.* 2013; 14[2]:31-35.

(30) CORVALÁN, Juan G. - GIMBATTI, Silvia, "Historias clínicas digitales. La consolidación del *big data* sanitario", LA LEY 2017-D, 1258. P.v. Proyecto de Ley 201603015 disponible en: <http://www.cedom.gov.ar/Proyectos.aspx>.

clínicas como proyectan algunas leyes (31), es necesario exigir que se empleen determinadas herramientas de seguridad, como el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no reescribibles de almacenamiento y el control de modificación de campos.

(31) Ley 5669, Historia Clínica Electrónica, Buenos Aires, 27/10/2016. Digesto: texto consolidado por ley 6017 al 28/02/2018. Rama H: Salud. Id SAIJ: LPX0005669.

V. Conclusiones

Las nuevas tecnologías en la medicina han alcanzado un gran desarrollo y, en general, se reconocen los beneficios que aportan a la salud individual y colectiva. No obstante, se señala reiteradamente el cuidado ético que debe observarse en su implementación y uso a fin de evitar daños a los derechos de los pacientes y los intervinientes en las investigaciones.

La historia clínica electrónica

Zulema D. Wilde

Sumario: I. ¿Es beneficiosa?— II. Regulación jurídica actual en la República Argentina.— III. Secreto profesional.— IV. La nueva historia clínica.— V. Derecho del paciente a la información.— VI. ¿Cómo se implementó?— VII. Legitimados para acceder a la historia clínica.— VIII. Dación de datos voluntarios.— IX. Regulación en el Reino de España.— X. ¿Cuál es el riesgo en consecuencia? ¿Qué se entiende por riesgo?— XI. Derechos y garantías.— XII. Conclusiones.

Abstract

Keywords: Historia clínica (HC). Historia clínica electrónica (HCE). Integridad. Autenticidad. Inalterabilidad. Perdurabilidad. Recuperabilidad. Unicidad. Uso restringido de los registros de datos. Contenido. Consentimiento informado. Secreto profesional. Limitaciones. Derecho a la intimidad y confidencialidad. Entrega de datos voluntarios. Vulneraciones de la intimidad y dignidad. Conclusiones y posibles soluciones.

I. ¿Es beneficiosa?

Siempre se creyó que la historia clínica electrónica (de ahora en más, HCE) suponía un beneficio para el paciente comparativamente con la escrita en papel, al facilitar el acceso a ella desde cualquier parte del mundo y en tiempo real.

El poseer un informe médico electrónico único de cada enfermo posibilitaba a cualquier institución médica o profesional del arte de curar que estuvieran autorizados tomar el respectivo conocimiento de ella, en la medida en que la interoperabilidad funcionara.

En consecuencia, la HCE permitiría también tomar conocimiento de las imágenes médicas guardadas tanto como de los informes adjuntos, facilitando, de ser necesario, la obtención de una segunda opinión entre los profesionales intervinientes de distintos hospitales o sanatorios.

Lo señalado permitiría sostener que redundaría en una mejor calidad en la atención médica a

recibir, en la medida que se tuviera acceso a esa información clínica relevante, lo que optimizaría el proceso de diagnóstico, tratamiento y pronóstico. Sin olvidar un control más riguroso en cuanto al suministro de medicación.

II. Regulación jurídica actual en la República Argentina

La historia clínica es el documento más significativo en la situación de enfermedad o accidente dañino para la salud, en razón que aporta información al profesional en forma integral, en el proceso de diagnóstico.

Se la ha definido en nuestra legislación como el documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que consta toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud (1).

El contenido de la HC “puede confeccionarse en soporte magnético siempre que se arbitren todos los medios que aseguren la preservación de su integridad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y en forma. A tal fin debe adoptarse el uso de accesos restringidos con claves de identificación, medios no re-escribibles de almacenamiento, control de modificación de campos o cualquier otra técnica idónea para asegurar su integridad” (2).

Ambos artículos se complementan en cuanto buscan preservar el informe de lo acontecido

(1) Ley 26.529, cap. IV; art. 12.

(2) *Ibidem.*, cap. IV, art. 13.

con la mayor precisión posible y autenticidad, sin posibilidad de alterarlo, limitando su conocimiento a determinadas personas identificables, buscando su permanencia en el tiempo.

La ley determina cuáles son aquellos asientos que debe contener ineludiblemente la HC: la fecha de inicio de su confección, los datos identificatorios del paciente y de su núcleo familiar, de ser posible, los del profesional interviniente, así como su especialidad; los registros claros y precisos de los actos realizados tanto por los profesionales, como por los auxiliares participantes; los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos del enfermo, si los hubiese; teniendo estos tres últimos ítems que ser realizados sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, en la medida en que la autoridad nacional los estableciera actualizándolos.

Por supuesto que no solo esto contienen la HC sino los consentimientos informados de los pacientes, las hojas de indicaciones médicas, las planillas de enfermería, los protocolos quirúrgicos, las prescripciones dietarias, los estudios y prácticas realizadas, rechazadas o abandonadas, debiendo acompañar en cada caso un breve resumen del acto de agregación y desglose autorizado con constancia de fecha, firma y sello del profesional actuante **(3)**.

La ley busca preservar tres condiciones que hacen a su validez intrínseca: su integridad, su unicidad, así como su inviolabilidad; imponiendo su guarda y custodia, asumiendo aquellos designados por la norma el carácter de depositarios, debiendo instrumentar todos los medios y recursos necesarios para evitar al acceso a la información contenida en ella, por personas no autorizadas.

Esa guarda y conservación tiene un plazo de diez años, que es el término de prescripción liberatoria de la responsabilidad contractual **(4)**.

Cabe agregar que la ley 25.506 con las modificaciones introducidas por la ley 27.446 reco-

noce y establece las condiciones para el empleo de la firma digital y la electrónica, así como su eficacia jurídica. Sería interesante pensar si la HCE debería emplear la firma electrónica o la firma digital. Cuando la ley requiere una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha con la digital.

III. Secreto profesional

Entre los deberes profesionales está el de guardar secreto de las informaciones recibidas en ocasión de la relación entablada con el paciente, no debiendo revelar datos relativos a la situación de este, ni de las confidencias recibidas en cualquier acto profesional, siempre que no constituya delito de acción pública.

El delito de violación de secretos se encuentra legislado en el art. 156 del Cód. Penal vigente, el que reza: “será reprimido con multa e inhabilitación especial el que, teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte de un secreto cuya divulgación pueda causar un daño, lo revelare sin justa causa” (01/10/2003).

Por su parte, el art. 156 del Anteproyecto de Reforma del Código Penal establece: “1. Se impondrá prisión de seis [6] meses a dos [2] años e inhabilitación especial, en su caso, por doble del tiempo de la condena a prisión, al que, teniendo noticias por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

”La misma pena se impondrá al funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos”.

A lo dicho se suma que por lo dispuesto en el art. 153, “Se impondrá prisión de seis [6] meses a dos [2] años y multa de diez [10] a ciento cincuenta [150] días-multa, al que:

“1º) Abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un papel privado o un despacho telegráfico, telefónico, o de otra naturaleza que no le esté dirigido.

”2º) Se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, de una carta, de un pliego, de un despacho u o de otro papel privado, aunque no esté cerrado.

(3) *Ibidem.*, cap. IV; art. 16.

(4) *Ibidem.*, cap. IV; arts. 16, 17 y 18.

”3º) Indevidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica, o telefónica que no le esté dirigida.

”4º) Indevidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas, o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

”Si el autor, además, comunicare a otro, publicare, o hiciere publicar el contenido de la carta, escrito, despacho, comunicación electrónica, o telecomunicación, la pena será de uno [1] a tres [3] años de prisión”.

“La relación que se establece entre profesional y cliente implica frecuentemente un acceso de aquel en la intimidad y la vida privada de este. Por consiguiente, existe el deber de respetar dicha intimidad y de secreto profesional. El secreto profesional tiene cabida en la mayor parte de los sistemas jurídicos europeos, tanto protegiendo al profesional mismo como dando lugar a responsabilidad civil y penal a los profesionales infractores de los secretos o intimidad de sus clientes” (5).

En nuestro país, se ha mitigado por no afirmar que se encuentra en parte derogada esta consigna, como consecuencia de la sanción de la ley 25.246, por la que se obliga a determinados profesionales a poner en conocimiento de la autoridad administrativa determinados actos u operaciones económico-financieras de sus clientes (6).

En cuanto al supuesto contemplado en el art. 153 la norma se refiere a los casos en que la información sensible escapa del ámbito y el control de los usuarios, o de las empresas, lo que evidentemente genera alarma.

(5) ROMEO CASABONA, Carlos M., “Responsabilidad Penal y Responsabilidad civil de los profesionales. Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo”, Perspectivas en Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Carlos María ROMEO CASABONA (coord.), Universidad de La Laguna, Canarias, 1993, cit., p. 418, cit. LÓPEZ MESA, M. — TRIGO REPRESAS, F., “Responsabilidad Civil de los profesionales”, Ed. Lexis-Nexis, Buenos Aires, p. 23.

(6) Ley 25.246, cap. III; art. 20.

Sin perjuicio de la legislación penal, nuestra ley 26.529, llamada de derechos del paciente, expresamente consigna en su art. 2º, inc. c): “Intimidación. Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar el estricto respeto por la dignidad humana y la autonomía de la voluntad, así como el debido resguardo de la intimidad del mismo y la confidencialidad de sus datos sensibles, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326”.

Mas el siguiente inciso desgrena: “d) Confidencialidad. El paciente tiene derecho a que toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o bien tenga acceso al contenido de la misma, guarde la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”.

A lo dicho se le suma lo establecido en el art. 21: “Sanciones. Sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil que pudiere corresponder, los incumplimientos de las obligaciones emergentes de la presente ley por parte de los profesionales y responsables de los establecimientos asistenciales constituirán falta grave, siendo pasibles en la jurisdicción nacional de las sanciones previstas en el título VIII de la ley 17.132 —Régimen Legal del Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades Auxiliares de las mismas— y, en las jurisdicciones locales, serán pasibles de las sanciones de similar tenor que se correspondan con el régimen legal del ejercicio de la medicina que rija en cada una de ellas”.

IV. La nueva historia clínica

La HC tradicional, escrita en papel, presenta una serie de deficiencias que resultan difíciles de superar, intentando la electrónica aventajarla; lo que se logra en algunos aspectos y se arriesga en otros.

- La ilegibilidad es una de esas deficiencias, siempre se habla de “la letra del médico”.

- La no accesibilidad con la premura necesaria, y en algunos casos su inaccesibilidad, al funcionar como compartimentos estancos, impidiendo el cruce de datos entre los profesio-

nales o las instituciones, con la consiguiente duplicidad de esfuerzos y de estudios. Sin olvidar el tiempo que se pierde con esa reiteración, que puede ser de vital importancia en algunos casos.

- La precariedad del papel ante el caso fortuito, o la dificultad para su acopio.

- La HCE permite una mejor lectura, y una visión completa y estructurada de los datos personales, un historial de las dolencias padecidas, alergias, tratamientos, operaciones quirúrgicas, etc. El desarrollo es cronológico.

- La accesibilidad es en tiempo real, acorde a las necesidades del paciente y desde cualquier lugar que se requiera.

- Lo que también implica una reducción en costos económicos: al no haber repetición de informes, hay una disminución de tiempo para arribar al conocimiento. También otorga la posibilidad de ese acceso a la información, llevar a cabo estadísticas.

Hasta aquí los indudables beneficios para el paciente, sin perjuicio de la mejor gestión de los establecimientos sanitarios y las posibles investigaciones o conocimientos internos del manejo sanitario.

Sin embargo, todo ello se contrarresta por los riesgos que genera la falta de seguridad que ocasionan los *hackeos* o errores humanos de quienes la manejan, con el consiguiente quebrantamiento de la privacidad de los datos clínicos y personales de los pacientes, contenidos en ella, al dársele publicidad o acceso a otras personas desconocidas y no habilitadas para ello.

V. Derecho del paciente a la información

En nuestro país, no hay un control estatal sobre las historias clínicas, como existe en otros, por ejemplo, España o Estados Unidos de América, ni tampoco intentos o proyectos de unificar en un punto, toda esa información.

No hay intranet sanitaria, ni ministerio o secretaría o subsecretaría del Estado que ejerza control alguno sobre el uso y acceso a estas aplicaciones. Tampoco se ha regulado un régimen de interoperabilidad al que deban acogerse to-

dos los actores de la salud y que permita la consulta en el momento.

Cada hospital privado que digitalizó sus HC lo hizo en provecho de su propio cuerpo médico, sin compartir esa información con otros centros de salud. Además, con distintos criterios, lo que tornaría difícil homogeneizarlos (Hospital Alemán, Hospital Italiano, Hospital Británico, etc.).

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ha creado recientemente una red entre todos los centros de salud que incluye también los hospitales públicos pertenecientes a esa jurisdicción, lo que permite a los profesionales de la salud tomar conocimiento del historial de dolencias o accidentes padecidos, así como sus tratamientos, pronósticos y resultados, por quien requiere asistencia en alguno de ellos. Esta implementación es muy reciente, en la red de los hospitales públicos.

Es decir que, en gran medida, en el país no hay una HCE única, sino varias confeccionadas en las instituciones que las llevan electrónicamente, consignando las anotaciones pertinentes en las distintas oportunidades que se haya atendido el paciente en ese hospital o dispensario (7).

La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento público o privado y debe identificar al paciente por medio de una "clave uniforme", la que deberá ser comunicada a este.

De lo que se deduce que tampoco habrá integralidad y, como consecuencia, menos cronología. La cronología estará limitada a cada institución, conforme a las consultas que se realicen en esa institución sanitaria.

Es obvio de lo relatado que tampoco hay accesibilidad a las HCE de otras instituciones, salvo lo expresado respecto de la Ciudad de Buenos Aires, y exclusivamente con relación a la red de centros de salud incluyendo los hospitales públicos, lo que desvirtúa uno de los indudables beneficios proclamados, que es el tener conocimiento de todo lo que le ha acontecido a un paciente, en tiempo real y desde cualquier con-fín de la República o del mundo.

(7) Ley 26.529, cap. IV; art. 17: Unicidad.

Lo que tampoco facilita las segundas consultas.

Sin embargo, tenemos una larga y exitosa experiencia en el hospital público, en el cuidado de los niños.

El Hospital J. P. Garrahan de Buenos Aires se inauguró en 1987. Es un hospital público especializado en salud infantil, de alta complejidad, con atención gratuita **(8)**.

Tiene 121.000 metros cuadrados y se sigue expandiendo. Posee 534 camas, de las cuales 137 son de terapia intensiva. Es el máximo referente de la salud pública en la Argentina y en la región.

Es reconocido por su excelencia médica y por la innovación en los modelos de atención, ubicando al paciente en el centro de la toma de decisiones.

En el 2015, se inauguró el nuevo centro del paciente hemato-oncológico (CAIPHO), un espacio exclusivo para atender niños con cáncer. Se atiende el 35% de los pacientes pediátricos oncológicos del país. Son 420 niños por año, cuenta con un nivel de sobrevivencia del 80%, como las mejores instituciones de salud del mundo.

Cuenta con áreas de neonatología, unidad de quemados, banco de sangre 100% voluntarios, banco público de cordón umbilical, banco de tejidos, banco de tumores y laboratorio de biología molecular, además de las áreas tradicionales.

La terapia intensiva posee la ayuda de una Agrupación de Farmacéuticos que elaboran medicación cuando es una mejor opción comparativamente con los ya preparados comercialmente. La llaman “medicación huérfana”. Esas fórmulas se ceden gratuitamente a los restantes hospitales de ser necesario.

Despliega intensa actividad docente y de investigación. Tiene un programa a distancia con Harvard University, de perfeccionamiento de médicos pediatras.

Coordina el Programa Nacional de Telemedicina, a través de plataformas telemédicas, con 303 oficinas de comunicación a distancia (OCD).

Este hospital comenzó a utilizar el telefax en el año 1997, como medio de comunicación para evacuar consultas de otros centros asistenciales. Fue idea de un director ejecutivo muy creativo: el Dr. Mauro Castelli.

El Hospital Público de Zapala de la provincia de Neuquén fue el primero que se conectó.

El Hospital Garrahan forma médicos pediatras, los que hacen la residencia allí. Egresan más de 1800 por año. Un pequeño grupo de médicos que egresó en ese entonces quiso seguir conectado con el hospital. Más tarde se unió la provincia de Jujuy, con una nueva oficina de comunicación a distancia.

En cuanto a los sistemas de información se fueron actualizando a medida que se iban desarrollando durante estos largos veinte años, con esfuerzo y ayudas inesperadas. Uno de los médicos, muy famoso de terapia intensiva, recibió una donación de equipos de su colega de Toronto.

También tuvieron ayuda económica con préstamos del BID en el 2011, para actualizar su tecnología.

Es una institución descentralizada, funciona con un presupuesto que confeccionan interdisciplinariamente y es financiado por el Gobierno Nacional y por la Ciudad de Buenos Aires.

Tienen el respaldo de OMS, de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y del Instituto Pasteur de París y convenios con instituciones médicas del exterior, son algunas de ellas: The Hospital for Sick Children de Toronto, Canadá; Hospital de Clínicas da Universidade Estadual de Campinas (HC Unicamp), Brasil; Children's Hospital de Boston, Estados Unidos; y Hospital San Juan de Dios de Barcelona.

En neurología, trabajan en ateneo con el San Juan de Dios de Barcelona.

(8) White Coathpertension, www.diseasesdatabase.com/ddb14138.htm.

En transabilidad, medicina de precisión (9) y cáncer infantil, con el Children's Hospital de Boston.

El protocolo de retino-blastoma fue confeccionado por el Dr. Guillermo Chantada.

Las llamadas oficinas de comunicación a distancia (OCD) están organizadas con la asistencia de médicas pediatras, técnicos en informática, psicólogas y administrativos. Dependen del directorio del hospital directamente. Las 303 OCD distribuidas en todo el país y otros hospitales se conectan continuamente con el Hospital Garrahan, a través de la plataforma de intercambio.

Brinda cuatro tipos de prestaciones: teleasistencia, telegestión, teleeducación, y teleinvestigación.

La teleasistencia resuelve consultas asincrónicas y sincrónicas, como se atiende en línea a pacientes críticos.

¿Cuál ha sido el reto y el problema que se trató de resolver o mejorar?

1. Frente a un país tan extenso, se intentó que los casos en la medida de lo posible se trataran en el lugar de origen, para ello se prestó asistencia médica, evacuando consultas de segunda opinión.

2. Se evitaron traslados innecesarios, con los trastornos que representan para la familia del niño enfermo.

3. Se hacen monitoreos a distancia: en el seguimiento de personas que ya han sido atendidas.

4. Además, con la estructura móvil que tienen los hospitales de origen para hacer estudios en zonas remotas o de difícil acceso, se transmiten los resultados al Hospital Garrahan, de considerarlo necesario el médico local.

5. Se realiza seguimiento de mujeres embarazadas en zonas rurales.

6. Cuando se considera que el niño requiere por su enfermedad o estado que debe ser aten-

dido en el Hospital Garrahan se procura obtener su mejor condición y momento para el traslado. Sostiene el tratamiento a distancia en él mientras tanto.

7. No solo se preocupan por la salud del niño, sino también respecto de todos los aspectos humanos de sus acompañantes.

8. Las casas de Ronald McDonald se han instalado cerca del hospital, llamadas por la empresa como: "Un hogar fuera del hogar para familias con hijos enfermos".

9. Tienen una escuela para los niños que están internados.

10. Hacen actividades lúdicas. Una vez en el año, la famosa barrileteada.

11. Tienen conciencia de que, a algunos niños, aunque se los trate con la mayor eficiencia y eficacia no se logrará salvarlos, de allí que se los acompañe de la manera más humana, tanto a ellos como a su familia.

VI. ¿Cómo se implementó?

Comenzaron con la oficina de comunicación a distancia en el propio hospital de una manera muy rudimentaria (por telefax) y, poco a poco, se fueron actualizando en la medida que los sistemas informáticos se desarrollaron.

Cada hospital regional fue creando la suya propia, a la imagen de la central.

La oficina cuenta con médicas pediatras, psicólogas, personal informático y administrativo.

Hoy, las 303 oficinas están conectadas diariamente al hospital, así como 346 hospitales, a través de videoconferencias y plataformas complementarias.

Con relación al aspecto legal de la teleasistencia implementada, se realizan convenios con todas las unidades hospitalarias a las que se les brinda servicios.

Esos convenios ponen de relieve que el médico que atiende al niño es el que está en origen, como mecanismo de exculpación de responsabilidad del Hospital Garrahan.

(9) Kidshealth.org. Pamela H. Arn M. D. y Karen W. Gripp M. D. Precision Medicine.

La validez de esa causal va a depender de factores fácticos, porque esa segunda opinión, generalmente versa sobre diagnóstico y tratamientos.

Ya enseñaba Savatier que “el médico sería responsable de un diagnóstico hecho a la ligera, o con negligencia, al no haberse rodeado de todos los informes necesarios, o aun simplemente útiles y sin haber recurrido a los procedimientos de control y de investigación exigidos por la ciencia” (10).

En realidad, el hospital nunca tuvo juicios de daños y perjuicios en su contra por mala praxis. Evidentemente la relación entre los médicos, los niños y las familias es excepcional. Al igual que la que se desarrolla con el personal paramédico.

Asimismo, los padres o los representantes legales de los niños son informados de la colaboración de los médicos del Hospital Garrahan, lo que lleva a que ellos presten su consentimiento informado escrito para realizar esa segunda consulta y/o intervención.

La teleeducación despliega una intensa actividad docente. Cursos, conferencias, jornadas, *telemonitoring* y *telecoaching*.

No cabe duda de que es un orgullo para nuestro país y también lo es para el personal médico que lo forma, tanto como para el paramédico. La enorme calidad de la prestación médica que presta lo hace merecedor del máximo reconocimiento.

No es necesario decir que tienen una historia médica electrónica, que sirve para agilizar los tratamientos y permitir que los enfermitos reciban la más adecuada atención médica, como ya se describió, al igual que su familia es cuidada.

VII. Legitimados para acceder a la historia clínica

Tampoco el ciudadano común, a pesar de ser el primer legitimado en nuestra legislación, en su calidad de paciente, tendrá acceso virtual habitualmente a la HCE, ni menos puede sa-

(10) SALVATIER, René, «Traité de la responsabilité civile», en *Droit français civil, administrative, professionnel, procédural*, 1948, t. 1, p. 248.

ber que profesionales, como auxiliares de cada ente asistencial, tuvieron, tienen o no conocimiento de ella. Y si ese acceso ha sido total o parcial (11).

La posibilidad de solicitarla y tener acceso a la HC, sea en un soporte u otro, está limitada a los médicos u otros profesionales del arte de curar, refiriéndose la expresa autorización del paciente o su representante legal.

Se podrá interpretar que al solicitar la consulta con alguno de esos profesionales pertenecientes al ente asistencial que lleva electrónicamente las HC, implícitamente se está autorizando a este a que conozca esos antecedentes, a fin de prestar una mejor calidad en la atención médica requerida.

Lo que se deduce del hecho de gestionar esa consulta ante determinado establecimiento asistencial, el que tiene la obligación legal de llevar a cabo una única historia clínica en cada institución, como se señalara anteriormente.

Esta realidad no es la que se vive en otros países, la HCE se ve como única y está dispuesta a partir de la reglamentación de un sistema de interoperabilidad que regula la forma en que se registra la información y las reglas de acceso.

Esto es lo que permite que cada profesional que asista a ese paciente tenga posibilidad de acceder a ella y de llevar un registro de dichas consultas.

En función de que esta interoperabilidad habilita a la consulta de las HCE confeccionadas por cada institución de manera integral es que necesario extremar el control sobre el acceso a aquellos autorizados.

VIII. Dación de datos voluntarios

En España, la HCE, en cuanto a su soporte informático, está sometida a un régimen jurídico especial. Ese régimen limita la accesibilidad, impidiendo que sea utilizada como una mera aplicación informática y dejando registro de los actores que trabajan con la información.

(11) Ley 26.529, cap. IV; art. 19, en especial inc. c.

La seguridad y la privacidad de los datos clínicos personales son resguardadas por la Administración Sanitaria, sobre la que pesa la obligación de control al acceso de ellos. Además, a ese límite restrictivo debe sumarse su calidad de responsable de la custodia (12).

Este sistema nacional de salud se instrumenta a través de un nodo central e intranet sanitaria.

Las HCE pueden estar ubicadas en distintos lugares geográficos, pero se tiene acceso a ellas desde donde se necesite, siendo los profesionales del arte de curar los autorizados a conocer de los datos clínicos, sin consentimiento del propio paciente. Todo ello en la medida que ese acceso esté justificado por la prestación de asistencia médica a prestar.

Todo acceso que hace el profesional queda registrado, se sabe quién lo hizo y cuál fue el conocimiento obtenido.

La intromisión sin la debida justificación trae consecuencias y las respectivas sanciones administrativas y eventualmente, hasta de carácter penal (13).

El deber de sigilo surge con el fin de proteger la intimidad de los pacientes, ante la ineludible necesidad de concurrir a la consulta, en una sociedad que está caracterizada por la especialización en el trabajo (14).

De lo relatado se verifica comparativamente la diferente manera de legitimar a quienes tienen acceso a la HCE.

(12) MILLÁN CALENTI, Rafael Á., "Historia clínica electrónica, Accesos compatibles", en PALOMAR OLMEDA, Alberto - CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (coord.), Tratado de Derecho Sanitario, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2013, t. I, p, 785, cit. por MARTÍNEZ NAVARRO, Juan A., "El régimen jurídico de la salud electrónica", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 133.

(13) LARCOS RISCO, David, "Historia clínica. Protección de datos. Secreto profesional", o.c., ps. 207-208. En consonancia con lo referido la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, del 11/02/2009, JCont. Adm. Nº 1 de Pamplona, sen. 106/2011, 25/05/2011 (ARRJCA/2011/835).

(14) NOVOA MONREAL, E., "La vida privada como bien jurídico protegido", *NPP*, año 3, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 179.

IX. Regulación en el Reino de España

El secreto profesional se genera como necesidad de crear confianza en los profesionales. El Código Penal español del año 1991 tipificaba el delito, refiriéndose al profesional que revelara los secretos ajenos, de los que tuviera conocimiento "por razón de su oficio o relaciones laborales".

El concepto de confidencialidad está muy vinculado con el de intimidad, en razón de que el primero es guardar el secreto que perturba la intimidad de las personas, de tal modo que la intimidad es el bien jurídico protegido o el fin y la confidencialidad el instrumento dirigido a lograrlo (15).

X. ¿Cuál es el riesgo en consecuencia? ¿Qué se entiende por riesgo?

Cada momento histórico le dio distinto significado, dependiendo de lo que el hombre conocía en ese contexto. Si ponemos como ejemplo lo que acontecía en el siglo XV, veremos que aquello que no podía ser hallado en los mapas era considerado riesgo (16).

Cabría agregar con relación a lo previamente expresado, que la navegación aérea fue y es considerada aún hoy como una actividad riesgosa, de ahí la limitación en el resarcimiento en caso de siniestro.

Sin embargo, en la actualidad, es más peligroso trasladarse por la tierra que por el aire; si comparamos las estadísticas que muestran la cantidad de muertes por accidentes de tránsito que se registran cada año. De allí el constante proceso de transformación del transporte urbano.

Los cambios tecnológicos tienden a profundizar el transporte autónomo, así como el impulsado por combustibles no fósiles. Sin olvidar el crecimiento de la economía colaborativa.

(15) OTERO GONZÁLEZ, María Pilar, "Justicia y secreto profesional", Ed. Centro de Estudios Ramón Areces SA y Universidad Carlos III, Madrid.

(16) MENDES FELISMIME, Risco, "Un conceito do passado que colonizou o presente", *Revista portuguesa de saúde pública*, 2, vol. 20, Lisboa, julio-dic. 2002, ps. 53-62.

Asimismo, la primigenia significación dada puede aplicarse al desconocimiento que tenemos de las distintas galaxias, ya que tan solo comenzamos a conocer de la nuestra. El desconocimiento en cualquier área trae interrogantes, en consecuencia, produce desconcierto al no saber de qué manera actuar.

Si bien la tecnología avanza logrando conocer más acerca de la naturaleza, se diría que las ciencias van progresando y resolviendo las preguntas que nos planteamos. Cada nueva pregunta que se resuelve, abre otro abanico de ellas.

Lo que desbancó la posibilidad de controlar la naturaleza (17).

Basta con pensar en la pandemia que azota al mundo para así comprenderlo.

Mas riesgo y desconocimiento no son conceptos iguales ni asimilables, puesto que cuando el primero se convierte en hechos concretos y reiterados, como son los ataques dirigidos a los establecimientos de salud, o aquellas empresas que facturan para estos, o a las aseguradoras, a fin de apropiarse de los datos que estos entes recolectan de las personas que reciben asistencia médica, no cabe sostener que no se han podido prever y en consecuencia no evitarse.

Esos ataques ya sea por negligencia de las instituciones por no arbitrar medidas de seguridad más efectivas y eficaces, o por la negligencia de su propio personal, o por la delegación de información que realizan en otras entidades, ocasionan indudables daños a sus pacientes, los que se deberían prevenir.

Los entes hospitalarios no solo tienen datos médicos de sus pacientes sino también los personales, y en especial el conocimiento de sus medios de pago. Con estos últimos se puede intentar efectuar la apropiación ilegítima de identidad de una persona, haciéndose pasar por ella, en general buscando acceder a la obtención de créditos o beneficios en su nombre.

(17) FREIRE, Ricardo M., "Tendencias del pensamiento Jurídico Contemporáneo", Ed. Podivim, Salvador de Bahía, 2007, ps. 14-16.

En el 2019, los *hackers* impactaron millones de individuos a través de sofisticados ataques cibernéticos.

El sector de salud de los EE. UU. sufrió ataques cibernéticos por los cuales 15 millones de pacientes vieron comprometidas sus historias clínicas electrónicas, lo que significó un 300% de aumento comparativamente con el año 2017 (18).

Solamente en los seis primeros meses del 2019 se registran 25 millones de historias clínicas electrónicas violadas.

El mayor escándalo fue protagonizado por la American Medical Collection Agency (AMCA), que estuvo *hackeada* durante 8 meses, desde el 01/08/2018 hasta el 30/03/2019. Por lo cual seis entidades revelaron que los datos de sus pacientes estaban comprometidos.

Además, la mayoría de estos entes de salud continúan investigando para descubrir la magnitud del daño ocasionado, sin olvidar que Quest Diagnostics ya dijo, que más de 12 millones de pacientes fueron afectados. Sumado a esto no únicamente están incluidos los datos médicos sino como ya se dijo, sino los personales y los financieros, incluyendo el número de seguridad social.

Lab.Corp denunció 7,7 millones de pacientes impactados, Bioreference, 422.000 pacientes, Penobscot Community Health Center in Maine con 13.000 afectados, Clinical Pathology Laboratories con 2,2 millones violados y Austin Pathology Associates reportó 46.500 de sus pacientes comprometidos. Siete entidades más informaron que ellas también habían recibido el impacto de los piratas cibernéticos que son: Natera, American Esoteric Laboratories, CBL-Path, South Texas Dermatopathology, Seacoast Pathology, Arizona Dermatopathology y Laboratory of Dermatopathology ADX.

La compañía de seguros Dominion National reveló que tuvo sus servidores comprometidos durante 9 años y que potencialmente la

(18) DAVIS, Jessica, "Protenus Breach Barometer, The 10 Biggest Healthcaredata Breaches of 2019".

información obtenida por los *hackers* fue de 2.960.000 pacientes.

Otro caso fue el de Inmediata Health Group con 1.570.000 pacientes. La base de datos comprometida se descubrió en enero de 2019, cuando revelaron que la función de un motor de búsqueda permitía indexar las páginas web internas de Inmediata, utilizadas para las operaciones comerciales. Como resultado, se expuso públicamente cierta información de salud electrónica.

La investigación determinó que la información demográfica del paciente, los datos de reclamos médicos y otros detalles personales se violaron. Pero cuando Inmediata envió las notificaciones a los pacientes sobre el incidente de seguridad, algunos pacientes informaron que estaban recibiendo varias cartas, algunas dirigidas a otros destinatarios. Lo que muestra el mal manejo de la empresa de dicha información.

Es decir, que no solo fue negligente por permitir el acceso a la información sino por no ser adecuadamente organizada para notificar a sus asegurados.

University of Washington Medicine notificó que 974.000 pacientes tuvieron expuestos sus datos contenidos en la historia clínica electrónica durante tres semanas debido a que estuvo mal configurado el servidor. Esto fue descubierta por un paciente cuando buscó su propio nombre y encontró el archivo que contenía toda su información personal, notificó a la universidad y se pudo determinar que el error de un empleado fue el causante de que los archivos internos tuvieran acceso público.

No todos los países reaccionan de la misma manera frente al hecho de que se vulnera la intimidad de las personas, ni de la apropiación de sus datos personales, ni se afrente su dignidad.

Basta con ver la experiencia de los investigadores norteamericanos en China, para marcar la diferencia en materia de salud, los que no tenían inconvenientes en acceder a las HCE de los pacientes en los hospitales, a diferencia de lo que les ocurría en su propio país.

Debemos observar también cómo cada gobierno ha gestionado este momento de crisis que la pandemia ha producido a nivel global, no olvidando las posibilidades económicas de cada país, para ver qué resultados han logrado y que respeto tienen por los derechos personalísimos de su población.

Si lo focalizamos desde la eficacia, podríamos pensar en principio que los países asiáticos lo han hecho mejor que los europeos, mas deberíamos visualizar los costos que cada uno paga.

En Europa, en especial los países latinos, lo han gestionado de la misma forma que lo hicieron con anterioridad en las epidemias, a través del aislamiento. No ha sido así en Alemania y Austria.

Ni Corea del Sur, ni Taiwán impusieron el aislamiento para las personas. Ni cerraron los comercios, ni los restaurantes, pero en la primera cada persona portaba su mascarilla.

Por su parte, Alemania creó un comité de vigilancia el mismo 06/12/2019 e implementó la realización de 160.000 tests por semana. De allí su tasa bajísima de muertes.

Lo que llama la atención de este hecho es la fecha de constitución de ese comité porque la OMS recién a fines de febrero del 2020 declaró esta enfermedad como pandemia.

No todos podemos manejarnos como Alemania porque no tenemos su potencial económico; sin embargo, su rapidez de reacción frente al hecho, la claridad de la comunicación como la implementación de medidas adecuadas de su gobierno, así como la disciplina del pueblo alemán, son de admirar.

Mientras Alemania se protegía así, en especial Italia, España y Francia cerraban las fronteras, teniendo cifras importantes de contagiados.

Nadie ha tenido más cifras de infectados y muertes que Estados Unidos de América. Sus números encabezan las estadísticas mundiales. Habrá que pensar qué pasa con la gestión de la crisis, tratándose de uno de los países más ricos del planeta.

No cabe duda de que los Estados asiáticos en general tienen unas poblaciones más obedientes, hecho que coincide con gobiernos con mentalidad más autoritaria, conforme a su tradición.

Por su parte China ha apostado al *big data* para defenderse de la pandemia, algo impensable para nosotros, porque implica gran violación de los derechos humanos.

Ha habido, entonces, un cambio de paradigma, en cuanto a la lucha contra las epidemias.

Allí la pandemia se ha controlado a través de la vigilancia digital.

En China, nadie cuestiona la vulneración al derecho a la intimidad, ni el tratamiento indebido de los datos sensibles, ni la recolección de los personales.

Los derechos humanos que defiende Occidente son una fantasía para ellos. Basta observar lo que acontece en Hong Kong.

China evalúa continuamente a sus ciudadanos, conforme a su conducta social. No existe ningún momento de la vida del sujeto que no esté atado al control social.

¿Cómo se refleja esa continua vigilancia?

Con la adquisición o pérdida de puntos. Quien critica en las redes sociales el accionar del Gobierno o toma otras conductas no aprobadas por el régimen, es probable que tenga problemas en su vida.

Basta recordar al médico oftalmólogo que dio la alarma en una red de profesionales de salud, en diciembre del 2019, acerca de la existencia del virus en Wuhan, que fuera procesado y sentenciado y desgraciadamente muriera en enero a los 34 años de la misma enfermedad.

Los proveedores de internet y de telefonía móvil comparten los datos con el Gobierno.

En consecuencia, ha sido muy sencillo utilizar este sistema de control social para otro propósito: detectar a los infectados.

La enorme cantidad de cámaras en las calles y los lugares públicos han controlado la situa-

ción e inclusive algunas de ellas pueden tomar la temperatura de las personas.

A eso, agreguémosle el reconocimiento facial.

En conclusión, ellos utilizaron los medios digitales mientras los alemanes aplicaron preventivamente los *kits* de tests, mientras los coreanos usaron las mascarillas. Otros, el aislamiento, como nosotros.

Tuvimos la mitad del mundo aislado, 3900 millones de personas en sus casas.

Esto necesariamente va a traer consecuencias desde la convivencia forzosa, así como económicas, en el presente y en el futuro. Yuval Noah Harari advierte en su artículo del *Financial Times*: “Muchas medidas de corto plazo tomadas durante la pandemia se convertirán en parte integral de nuestra vida”.

El dilema, para él, es la vigilancia totalitaria y el empoderamiento ciudadano.

Resumiendo, pérdida de libertad a cambio de seguridad (19).

Hasta aquí se ha tratado de mostrar los riesgos a los que está sometida la HCE y cuál es la diferente reacción frente al *hackeo*.

XI. Derechos y garantías

Nuestra sociedad se desarrolla con un sistema de derechos y garantías que permiten que las personas que viven en esta sociedad puedan acreditar su identidad, determinar cuáles son sus bienes, posesiones o dominios a través de sus títulos; inclusive hay un control económico-financiero sobre nuestro patrimonio. Dicho en otros términos, la sociedad tiene un sistema de gestión de la información (Registro Nacional de las personas, Registro de la Propiedad Inmueble, Registro de Antecedentes Penales, Registro de la Propiedad Intelectual, etc.).

Estos son datos que legalmente entregamos a la comunidad en que vivimos, información que es necesaria y obligatoria en algunos casos,

(19) HARARI, Yuval, “Weekend long reads, The world after coronavirus”, *Financial Times*, 19/03/2020.

brindar para acceder a los servicios y/o derechos que se nos asignan.

Otra información queda generada y registrada cuando interactuamos con diferentes dispositivos y plataformas, sin tener conciencia que permanecerán en manos de terceros después de haberlos utilizado.

Al igual que cuando brindamos información forzosamente, porque es la condición para recibir o acceder a determinados beneficios.

Lo concreto es que, sin entrar a evaluar la voluntad, algunos de esos datos son información sensible.

El nivel de sensibilidad de una historia clínica es importante no solo por la oferta posterior de bienes y servicios en función de la dolencia o la edad, sino porque están los datos personales, el número de documento, el domicilio, los teléfonos, la forma como se realizó el pago en el establecimiento sanitario (el número de tarjeta de crédito, el código de seguridad, la fecha de vencimiento, la cuenta bancaria si se transfirió, o con cheques, etc.).

Podemos sostener que es información peligrosa si cae en manos de personas u organizaciones que pueden hacer un uso ilícito de ella.

Las sustracciones más importantes de información pueden abarcar distintos aspectos de nuestra vida, económico, cuando obtienen ilícitamente las contraseñas que dan acceso a los bancos, a PayPal..., acceso a información en la nube (fotos, videos, historial de ubicaciones...) o robo de imagen, pudiendo suplantar la identidad.

Es fácil comprender que la evolución ha sido muy vertiginosa en estos últimos años, no existía el almacenamiento en la nube, ni los *smartphones*.

De una conexión esporádica hemos pasado a una digitalización en todos los campos, la que se aceleró durante la pandemia (teleasistencia).

Los usuarios se han limitado a una posición pasiva, se han limitado a los *firewalls*, pocos tapan o inactivan sus cámaras web o toman otras medidas preventivas.

El ataque de *ransomware* que se sufrió hace algunos años contra los establecimientos sanitarios provocó la restricción de acceso a determinadas partes o a la totalidad de los archivos infectados, lo que les permitió exigir rescate para liberarlos. Pidieron compensaciones en dinero, más adelante en *bitcoins*, con el fin de evitar su seguimiento e identificación.

No es difícil comprender la impotencia de los médicos y la angustia de los enfermos, al carecer de la propia HCE.

Si los *hackers* o un conjunto de ellos pudieron acceder a organismos del Estado Norteamericano a través de las llamadas APT (*Advanced Persistent Threat*), que es un conjunto de procesos informáticos dirigidos a ese objetivo, deberíamos tomar conciencia de la enorme fragilidad de nuestro sistema.

No se puede imputar a ningún país; sin embargo, se sospecha que suelen ser grupos de personas que dirigen esa actividad a fin de destruir la seguridad de una institución o de un organismo público o privado determinado.

Esto puede tener un propósito comercial, o simplemente robo de información que procure adelantos científicos, producto de la investigación, o busque logros económicos, financieros o la obtención de réditos políticos.

El *software* maligno busca romper la seguridad de los sistemas.

Necesariamente las empresas de salud necesitarán desarrollar políticas de seguridad y revisar sus estrategias de dichos planes con frecuencia, para ello deberán destinar un porcentaje mayor de su presupuesto a ese fin.

Una de las estrategias a seguir es la fragmentación de información para anonimizar los datos y evitar la sustracción o destrucción de ellos que le son indispensables para su desenvolvimiento.

Otra es reducir el número de empleados que tiene acceso a datos confidenciales.

Tener personal entrenado, al que darle educación continua en este aspecto, puede ser otra tarea preventiva.

Nuestro país ni siquiera ha comenzado a percibir el peligro; basta con escuchar el discurso de nuestros dirigentes actuales, en los que el silencio sobre ese aspecto muestra la falta de conciencia acerca de este peligro, que no está limitado a esta temática.

XII. Conclusiones

Internet rodea casi toda nuestra vida y su poder continuará expandiéndose en los próximos tiempos.

Todas las actividades que realicemos van a ser fácilmente registradas, compiladas y seguramente estén fuera de nuestro control, con el evidente riesgo que ello implica.

No parece que fuera fácil prevenir, aunque hay que intentarlo, solo resarcir va ser la conclusión, lo que evidentemente no es una solución muy feliz.

No estoy desmereciendo la tecnología ni la robótica, ni los adelantos que nos brinda internet (el lavarropas que mide el agua conforme al peso de la ropa que introducimos, los robots que aspiran nuestros pisos, los autos sin conductores, las embarcaciones que estudian el mar sin presencia humana, los guardaespaldas robotizados de algunos jeques árabes, los chips cerebrales que pueden ayudar o incrementar nuestra capacidad neuronal...), pero al mismo tiempo suponen una seria amenaza a nuestros valores y derechos humanos.

Esta información sensible que escapa a nuestro control ya vimos que está en manos de aquellos que quieren manipular las chances de los candidatos al poder.

Caminamos hacia una sociedad hipervigilada; basta ver lo que hacen algunos gobiernos con su población, los que carecen de intimidad.

Esto lleva a pensar qué posibilidades hay de identificar y borrar nuestros datos de internet, si así lo deseáramos.

No se trata solo del derecho al olvido, deberíamos pensar en poner algún límite temporal a ese dominio.

Seguridad y privacidad no son valores que se cuiden en nuestra sociedad postmoderna.

El mundo debe reflexionar sobre cómo estamos cambiando por la tecnología. ¿Cuáles son las implicancias? ¿Qué incidencia tiene en nuestras relaciones? ¿En nuestro trabajo? ¿En los momentos de ocio?

Prácticamente está presente en todos los momentos de nuestra vida, ya que la información es la materia prima del mundo digital.

No hay nada gratis en internet, todo se compensa con la información que obtienen.

En resumen: la privacidad y la intimidad están en serio riesgo, como describía descarnadamente Orwell en su obra "1984".

Algunas reflexiones sobre la notable incidencia de las nuevas tecnologías en ámbitos del derecho privado de tradicional conformación: la persona y el contrato

Edgardo I. Saux

Sumario: I. Consideraciones generales.— II. Algunas manifestaciones singulares de la incidencia de la tecnología en el derecho privado.— III. La tecnología frente a la persona humana.— IV. La tecnología frente al contrato.— V. Conclusiones.

“La civilización tecnológica del consumo se provee del silencio. También es mudo, porque el intercambio se hace sin palabras”^().*

I. Consideraciones generales

Desde ya deviene casi ocioso señalar que pretender, no digo analizar, sino al menos enunciar la inabarcable incidencia que los continuos avances de la tecnología —en todos sus campos operativos— adquiere con relación solo a una rama del derecho —el derecho privado—, dentro de un trabajo de esta índole y extensión, resulta casi utópico.

Por ende, vamos a limitar nuestras modestas ambiciones al respecto solo con el designio de mencionar algunas de las muchísimas facetas comprometidas entre ambos campos del conocimiento —la tecnología y la ciencia jurídica en su rama iusprivatista— y luego a intentar singularizar los perfiles más relevantes de las que se singularizan con dos instituciones fundantes del ese derecho privado: la persona (humana) y el contrato.

La multiplicidad y la velocidad mutante de las nuevas tecnologías, puestas en correlato con la ciencia jurídica, claramente colocan al operador —jurídico— en un posicionamiento *ex post* y no *ex ante* (salvo aquellos supuestos, francamente minoritarios, en los cuales pueda resultar operativa la función preventiva de daños derivados del empleo de esas nuevas tecnologías, como lo proponen entre otros los arts. 52, 1710, 1711 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

“La tecnología cambia aceleradamente y ello hace estéril toda obra o regla de derecho que se detenga morosamente en la explicación de soluciones técnicas que pueden desaparecer rápidamente” (1).

Hace ya más de treinta años, en una señera obra, la profesora Graciela Messina de Estrella Gutiérrez alertaba sobre la incidencia que las

(*) IRTI, Natalino, cit. por BENEDETTI, Giuseppe, “Diritto e linguaggio. Variazioni sul diritto muto”, en AA.VV., *Studi in honori de Pietro Rescigno*, Giuffrè, Milano, 1998, t. V, p. 701.

(1) LORENZETTI, Ricardo L., “Comercio electrónico”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, Prólogo.

nuevas tecnologías adquirirían singularmente en el vasto campo de la responsabilidad civil (2).

Nociones como el “transhumanismo” y “pos-humanismo” requieren la atención del operador jurídico contemporáneo. En palabras de Llamas Pombo, “pasaremos a la historia como los únicos insensatos que pusieron límites al placer, ya que, la humanidad ha comenzado a emanciparse de Darwin y de la madre naturaleza para sumergirse en una nueva era: el transhumanismo. Según este movimiento cultural (casi filosófico), de manera casi inadvertida nos estamos adentrando ya en la era posdarwinista. La evolución de nuestra especie comienza a dejar de lado a la madre naturaleza, que es lenta y arbitraria, y ya cabalga a lomos de la ingeniería genética, la farmacología, la estimulación intracraneana y la nanotecnología molecular” (3).

Como lo puntualiza Harari en su conocida obra “Homo Deus” (4), los problemas que durante más de 3000 años ocuparon a la humanidad (las hambrunas, la peste, la guerra) de alguna manera van perdiendo espacio operativo, y en la nueva agenda los inasibles avances de la tecnología plantean otros desafíos.

En tal sentido, se señala que durante los últimos 300 años el mundo ha estado dominado por el humanismo, que busca la preservación de la vida, la felicidad y el poder del individuo. Pero el auge del humanismo, en su proyección tecnológica, lleva en sí mismo “las semillas de su caída” (5), ya que las mismas tecnologías que pueden transformar a hombres en dioses —entre ellos, hasta la inmortalidad— llevan al riesgo de convertirlos en irrelevantes. Así, es probable que ordenadores bastante potentes para entender y superar los mecanismos de la vejez y la

(2) MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “La responsabilidad civil en la era tecnológica. Tendencias y prospectiva”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

(3) LLAMAS POMBO, Eugenio, “Una mirada a viejo Código Civil desde el posthumanismo y la globalización”, diario *La Ley*, secc. Tribuna, Madrid, 01/10/2019, Wolters Kluwer.

(4) HARARI, Yuval, “Homo Deus. Breve historia del mañana”, Ed. Debate, Madrid, 2016.

(5) *Ibid.*, p. 5.

muerte, lo sean también para reemplazar a los humanos en cualquier tarea.

Se alude hoy a que el fenómeno de la globalización, con todas sus proyecciones culturales, económicas, políticas, sociales, jurídicas y científicas, puede estar siendo reemplazado por la “superglobalización”, en la cual, como lo consigna entre otros Ignatieff (6), una preocupación primordial es si esa proyección mundial de pautas va acompañada —o no— de la “globalización moral”, o si la asepsia de las ciencias duras lleva en sí el germen de la asepsia ética.

Este avance exponencial de lo que algunos denominan la “era tecnológica” presenta algunos matices singulares. Según algunos estudios, la humanidad tardó unos mil seiscientos años en duplicar el nivel total de sus conocimientos, computando desde el nacimiento de Cristo. La siguiente duplicación tomó solo doscientos cincuenta años, la tercera, solo ciento cincuenta. Actualmente, se estima que el conocimiento de duplica cada dos o tres años, proceso que mantiene su proyección geométrica.

En ese contexto, una persona teóricamente transportada en el tiempo desde la caída de la República en Roma (año 44 a. C.) hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en manos de los bárbaros (año 476 d. C.), no se sorprendería tanto de los cambios registrados en la vida humana, como lo haría una persona nacida a mediados del siglo XX que fuera transportada hasta nuestros días. Al respecto, con razón se ha dicho que “el Derecho, como gran ordenador de la vida humana, no está ajeno a este impacto” (7).

En definitiva —dice Llamas Pombo— que “Fenómenos como la inteligencia artificial han venido a segar los pies de los paradigmas del humanismo ilustrado que sirvieron de base a nuestro Derecho Civil codificado” (8).

(6) IGNATIEFF, M., “Las virtudes cotidianas. El orden moral en un mundo dividido”, Ed. Taurus, Madrid, 2018, p. 15.

(7) SALVOCHEA, Carlos R., “Ciencia ficción societaria. La admisión de la persona jurídica sintética”, JA 11/12/2019, AR/DOC/3173/2019.

(8) LLAMAS POMBO, Eugenio, “Una mirada a viejo Código...” ob. cit.

Es que, de alguna manera, la interrelación entre el Derecho y las llamadas nuevas tecnologías (informática, telemática, robótica, ingeniería genética, biomedicina, entre otras) suscita para el jurista grandes desafíos y preocupaciones, con relación a lo cual Galdós señala inteligentemente que el abordaje de la cuestión revela una característica singularísima, cual es “el insuperable quiebre de la simetría entre lo fáctico y lo jurídico” (9).

Ello supone que el creciente y acelerado proceso del desarrollo tecnológico no se compadece con el lento y reflexivo avance de la ciencia jurídica, que en su doble faz dogmática-normativa tiene su propio proceso elaborativo, el cual se ve desbordado por las urgencias propias del primero, propio de las ciencias duras.

Ante tal desfase, sugiere el mencionado autor que el operador jurídico debe moverse con singular prudencia, usando criterios interpretativos basados en el principio de “neutralidad informática” (vale decir, sentando pautas que, aun en cierta manera firmes y predecibles, puedan ser receptivas de los cambios y mutaciones tecnológicas sobrevinientes) (10) y empleando herramientas hermenéuticas elásticas (como la analogía) en caso de lagunas normativas ante los nuevos requerimientos de la tecnología.

(9) GALDÓS, Jorge M., “Correo electrónico, privacidad y datos”, RDD 2001-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 157.

(10) Agregamos, a título personal, algunas referencias concretas que de tal principio hiciera el Código Civil y Comercial de la Nación argentina en vigencia desde agosto de 2015. Más allá de que —por ejemplo— el proyecto que al respecto elaborara la comisión redactora contenía la regulación de situaciones que luego no fueron normadas por las reformas que le introdujeran la Comisión Bicameral encargada de su estudio, y luego el PEN al sancionarlo (tales como entre otros la maternidad subrogada o alquiler de vientres, o la filiación *post mortem*, o al reconocimiento del comienzo de la existencia de la persona humana desde el momento de la implantación del óvulo fecundado en el útero gestante), vale como ejemplo lo dispuesto en el art. 286, que en materia de regulación de los instrumentos públicos y privados admite que la expresión de voluntad escrita emanada de una persona puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos. Ello es, de algún modo, una norma “abierta” a la perspectiva futura de empleo de nuevos medios electrónicos de manifestación de voluntad desconocidos a hoy.

Por caso —y a mero título ejemplificativo dentro del universo de supuestos que la confluencia de tecnología y Derecho ofrecen—, las normas que la Constitución Nacional contienen sobre la regulación de una de las garantías estructurales del sistema republicano y democrático de gobierno (la denominada “libertad de prensa”, esencialmente normada en los arts. 14 y 32 —con fuente histórica en la Constitución Norteamericana de Filadelfia de fines del siglo XVIII— y 43 —con la reforma constitucional de 1994, al igual que el art. 75, inc. 22, que diera ingreso con rango supralegal a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y en el tema especialmente el Pacto de San José de Costa Rica)—, se ha visto en crisis ante la aparición de medios tecnológicos contemporáneos de expresión de ideas y de noticias (11), como internet, *e-mails*, Facebook, Twitter, Instagram y las más recientes de aparición constante, ámbito en el cual son hasta aquí fuente normativa alguna doctrina especializada y alguna jurisprudencia episódica.

En el cada vez más difundido empleo de estos medios tecnológicos (con los que el hombre contemporáneo se informa, se divierte, se vincula, se inmiscuye en la vida de otros, comparte información, compra o vende y hasta se enamora), hay hasta un cambio en el idioma. Anne Branscome (12) alude a la existencia del *netcitizen*, el “ciudadano de la red”, que es “un navegante feliz, pero socialmente cada vez más aislado y sin capacidad de crítica” (13).

Con cita de Rodotà y de Huxley, señala Lorenzetti que vamos hacia un proceso de abandono de los criterios personales de evaluación y decisión de nuestras conductas, en un mundo “feliz” porque nadie es consciente del sistema de control social que impone esas conductas y que el *netcitizen* cree que son propias. La publicidad

(11) Las noticias deliberadamente falsas transmitidas por la red, denominadas *fake news*, han generado la necesidad de una regulación legal todavía ausente y de una gimnasia jurisprudencial de avanzada ante las evidentes dificultades de encontrar un responsable por los daños que pudieran causar.

(12) “Anonymity, autonomy and accountability, challenges to the first adment in cyberspace”, *The Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, p. 1639.

(13) LORENZETTI, ob. cit., p. 23, cita 54.

inductiva, la creación de modelos culturales a seguir, la homogeneidad y la estandarización de gustos y preferencias, la inducción al consumo innecesario o por reflejo, generan un resultado de pérdida de libertades del cual el propio individuo ni siquiera es consciente.

Todo ello genera un mundo —inducido por la globalización y la tecnología que marca el signo de nuestros tiempos— que presenta diferencias esenciales con el que nos precediera no hace mucho en orden cronológico. “Cierto es que la realidad presente, vista desde las coordenadas de tiempo y espacio, parece ser exactamente opuesta a la del pasado. Hoy la realidad es cada vez más mutante en el tiempo y más uniforme en el espacio. Ayer era, por el contrario, casi inmóvil en el tiempo y muy cambiante en el espacio”(14).

Y, precisamente, como lo señala Lorenzetti, para estudiar adecuadamente el impacto que la tecnología digital ha producido y produce en el mundo del derecho privado, hay que comenzar por admitir la “desestructuración” que esas nuevas tecnologías producen en “categorías conceptuales comunitarias, como el espacio, el tiempo o la diferencia entre lo público y lo privado, y, en segundo lugar, en el individuo y su privacidad” (15).

Señala al respecto el citado autor que para el pensamiento tecnológico estamos ante un “paradigma digital”, que implica o conlleva un nuevo modo de concebir el mundo y las relaciones humanas —y, dentro de ellas, las jurídicas—, en el cual hay una decadencia de los sistemas legales normativos (nacionales e internacionales) y una preeminencia de la libertad en la autorregulación, con una fuerte impronta autonómica y privatista. Así como Galgano (16) alude a la decadencia de los sistemas normativos de rango legal y su sustitución por los modelos contractuales elaborados por las *law firms* o los grandes estudios jurídicos que atienden los negocios de quienes gobiernan el mundo, así como a la

preeminencia del derecho judicial por sobre el derecho legal, Lorenzetti (17) menciona que así como hay una *lex mercatoria* —vigente y relevante—, hay en los días que discurren una *lex informática*, que sería una especie de código técnico de ética o conducta, de fuerte base costumbrista, que permitiría ir solucionando fuera del sistema jurídico tradicional los problemas que se suscitan en internet (18).

Todo este contexto —que no es propio de un mundo que “viene”, sino de uno que “está”—, donde con su correspondiente designación anglosajona nos resultan ya familiares el “AI” (la inteligencia artificial), el “IoT” (internet de las cosas), el “Big Data”, el “Fintech” (tecnología financiera), las billeteras virtuales, las transacciones con *bitcoins* o criptomonedas, el *blockchain* o “cadenas de bloques”, los *smart contracts* (o “contratos inteligentes”), el Mercado Libre, el Mercado de Pago, Uber, y tantas otras más, produce lo que ya muchos llaman la cuarta Revolución Industrial (o Revolución 4.0) (19).

Ello, va de suyo, incide de modo drástico en las transacciones singularmente comerciales (comercio electrónico, empresas de base tecnológica, la dinámica de las sociedades mercantiles, financiamiento de las pymes, comercio internacional, y hasta los procedimientos concursales) (20).

En definitiva, como lo venimos exponiendo, el *mix* entre tecnología y derecho abre un universo de perspectivas de correlación —y, a veces, hasta de confrontación con instituciones tradicionales de la ciencia jurídica—, que propone un abanico de temáticas específicas de muy difícil enunciación (y, como es lógico, de aun más difícil sistematización), frente a lo cual nos proponemos, modestamente, mencionar algunas de

(17) LORENZETTI, ob. cit., ps. 38 y 39.

(18) LESSIG, Lawrence, “Las leyes del ciberespacio”, *Cuadernos ciberespacio y sociedad*, 3, mayo de 1999.

(19) CASTILLO VIDELA, Facundo, “Funcionamiento, aspectos prácticos y probatorios de la tecnología *blockchain*”, en *Las nuevas tecnologías ante el derecho comercial*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2019, p. 35.

(20) MORO, Carlos E., “Nuevas tecnologías ante el Derecho comercial”, en *Las nuevas tecnologías...*, ob. cit., p. 49.

(14) GALGANO, Francesco, “La globalización en el espejo del Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, trad. H. Roitman y M. De la Colina, p. 14.

(15) LORENZETTI, ob. cit., p. 13.

(16) GALGANO, Francesco, ob. cit., ps. 105 y ss.

las más relevantes, para luego profundizar, dentro de la acotada dimensión de este aporte, en dos ejes centrales del derecho privado, como lo son la persona y el contrato.

II. Algunas manifestaciones singulares de la incidencia de la tecnología en el derecho privado

Conforme lo mencionáramos *supra*, hay supuestos específicos con relación a los cuales las nuevas tecnologías plantean cuanto menos interrogantes que el operador jurídico deberá evaluar, encauzar o cuanto menos tamizar a la luz de los valores y los principios que informan el ordenamiento normativo.

No nos proponemos más que ofrecer un muestreo, en el cual seguramente habrá omisiones, pero que de alguna manera puede servir para atender a los ámbitos singulares dentro de los cuales dicha interacción se desarrolla.

II.1. Inteligencia artificial

La noción de inteligencia artificial aparece terminológicamente empleada por primera vez por el informático estadounidense John McCarthy en el año 1956 y se vincula con aquellas máquinas o algoritmos dotados de una inteligencia similar a la de las personas humanas.

Aun cuando en una primera representación del tema nos imaginemos a los robots, ellos en realidad constituyen una maquinaria manejada por un elemento de inteligencia artificial en forma autónoma o semiautónoma. En realidad, quizá la forma más común y frecuente de materialización de la inteligencia artificial la constituyan (al día de hoy, el futuro es impredecible) las “aplicaciones”, hoy tan presentes en nuestros elementos electrónicos cotidianos u hogareños (21).

Técnicamente, a nivel teórico se admite que en el mundo de hoy podrían diferenciarse tres tipos de inteligencia artificial (IA).

a) Una inteligencia artificial limitada o débil (o *artificial narrow intelligence* —ANI—), que se vincula como la inteligencia artificial espe-

cializada en una actividad de forma exclusiva y excluyente de otras (se cita como ejemplo la supercomputadora “Deep Blue” que en 1997 venció a Gary Kasparov en una famosa partida de ajedrez, o bien la que aparece inserta en los denominados “autos inteligentes”, que no necesitan de un conductor humano).

b) La inteligencia artificial general o fuerte (*artificial general intelligence* —AGI—), que se vincula con un grado de inteligencia artificial de nivel humano, vale decir, una máquina que pueda realizar las mismas tareas intelectuales que una persona. Comprende la capacidad de razonar, planificar, resolver problemas a nivel teórico, pensar en forma abstracta e incluso aprender de su propia experiencia.

c) La “superinteligencia artificial” (ASI), que implica un dispositivo que cuente con una función intelectual incluso superior a la de los seres humanos más dotados en prácticamente todos los campos, incluyendo la creatividad científica.

Por el momento pareciera que en los tiempos que discurren solo se ha logrado materializar lo relacionado con el primer nivel (ANI), pero se admite que se está en camino de llegar al segundo (AGI).

Una de las aplicaciones de la inteligencia artificial más empleadas en la actualidad y que generan mayor cantidad de sistemas útiles para la vida humana cotidiana, se denomina *machine learning* (aprendizaje automático o máquina de aprendizaje), la cual consiste en dotar a los sistemas de la habilidad de aprender automáticamente y mejorar con base en su propia experiencia sin haber sido programados expresamente a tal fin. Es un proceso mediante el cual la máquina detecta “patrones” o “regularidades” en determinados datos que se le suministran para entrenarla. El algoritmo es así un elemento esencial en cualquier programa de computación y, obviamente, en la inteligencia artificial (22).

(22) Muy elementalmente, el algoritmo consiste en un grupo finito de operaciones organizadas de manera lógica y ordenada que permite solucionar un determinado problema. Son un conjunto de instrucciones o reglas establecidas que, por medio de una sucesión de pasos, permite arribar a un resultado o solución. El diseño de un algoritmo comienza con la representación gráfica

(21) Vid. SALVOCHEA, Carlos R., ob. cit., p. 1.

Asumiendo la complejidad de proyecciones que la IA genera solo en el ámbito jurídico, una de ellas es la eventual asignación de personalidad a estas máquinas inteligentes, atribuyéndoles, por ejemplo, responsabilidad por los daños que pudieran ocasionar y entendiendo que la denominada “personalidad electrónica” se aplicaría a supuestos en que los robots puedan tomar decisiones autónomas inteligentes o interactuar con terceros de forma independiente (23).

En orden a ello, en enero de 2017 la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo expidió una recomendación a los Estados miembros de reconocer un estatus de “persona jurídica” a los robots altamente sofisticado y autónomos.

Dicho informe generó una carta abierta (abril de 2018) en la que numerosos y calificados expertos en el tema llamaron a ignorar la recomendación y rechazar el reconocimiento de una “personalidad jurídica electrónica”, por considerarlo inapropiado, meramente ideológico y carente de todo pragmatismo.

En abril de ese mismo año (2018), la Comisión Europea emitió un comunicado delineando la estrategia futura para encarar dicha temática, en la cual se hizo caso omiso de la recomendación de marras, prescindiendo de toda referencia a una eventual “personalidad jurídica electrónica” (24).

de los pasos a seguir (lo que se denomina técnicamente “diagrama de flujo” o *flowchart*, que luego se traduce a un programa informático mediante instrucciones o “líneas de código”. Ver en relación con ello ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “Insurtech. El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora”, LA LEY, 15/10/2019, AR/DOC/3175/2019.

(23) SALVOCHEA, ob. cit., p. 2.

(24) Como datos episódicos, relata Lucas LEIVA FERNÁNDEZ (“La personalidad circumscripita. Humanos, animales y robots”, JA del 11/04/2018, JA 2018-2, fasc. 2, p. 15) los casos de “Bot” (*software* especializado para realizar tareas automatizadas, de Facebook, quien diseñado para chatear empezó a dialogar con otro bot y juntos crearon su propio lenguaje, lo que determinó que ante dicha singularidad Facebook decidiera “apagar” a ambos. También —con mayor repercusión mediática— el del robot Sophia, que fuera reconocido como ciudadano en Arabia Saudita, mientras mantuvo una entrevista

Es de interés también al respecto un trabajo que analiza la perspectiva (que, tal como están las cosas, no luce de ciencia ficción) del empleo de la inteligencia artificial en materia arbitral (25), relacionada con la eventualidad de que la robótica pueda llegar a predecir la toma de decisiones de los tribunales arbitrales internacionales, y, más allá de ello, llegar incluso a la propia elaboración del laudo.

En similar línea de pensamiento, se alude (26) a la hipótesis, en el derecho francés, de que, así como los ciudadanos —y operadores jurídicos— en ese país tienen acceso irrestricto a las decisiones judiciales de los tribunales superiores a través del sitio web *Legifrance* (servicio, además, gratuito), se llegue al desarrollo de un sistema inteligente que, con base en el análisis comparativo de esa base de datos, pueda predecir o anticipar los criterios decisorios de aquellos.

Al decir de Luis Daniel Crovi (27): “la inteligencia artificial está llegando a extremos en donde resulta cada vez más difícil distinguir si los robots son entes artificiales o autónomos”; en la medida en que el avance de la robótica (y de la inteligencia artificial) se ha desplazado de un paradigma “mecánico” a uno “cognitivo”.

A título personal, y por múltiples razones cuya enunciación exorbitaría notoriamente la extensión de este somero análisis, compartimos enfáticamente tal conclusión, siendo que la “personalidad” es, jurídicamente, un atributo exclusivo y excluyente de las personas humanas, individualmente consideradas o bien agrupa-

con el público revelando rasgos de humor y resaltando cualidades derivadas de un ser humano.

(25) ARGERICH, Guillermo - JORGE, Juan, “La inteligencia artificial en la toma de decisiones. ¿Hacia el determinismo arbitral?”, LA LEY del 14/02/2020, AR/DOC/268/2020.

(26) GSELL, Florence, “Predecir las decisiones de los tribunales por medio de la inteligencia artificial. ¿Es legítimo en Francia?”, SJA del 05/02/2020, AR/DOC/3608/2019.

(27) CROVI, Luis D., “Contornos actuales de la personalidad”, en *Los nuevos horizontes del Derecho de las personas y de la familia, Liber Amicorum en homenaje a la Dra. Graciela Medina*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, p. 25.

das en un objetivo común —ya sea de personas o de capitales pertenecientes a personas— que configuran la personalidad jurídica **(28)**.

Con ello, ni los robots (ni los animales) pueden ser considerados tales y reconocidos como sujetos de derecho y portadores de obligaciones.

II.2. La firma digital

Es quizá por todos sabido —por cuanto tanto la firma digital en sí misma como el documento digital son de los pocos fenómenos que la tecnología ha aportado en las últimas décadas al tráfico negocial que están normativizados **(29)**—, que el concepto que tradicionalmente la dogmática civilística asignaba a la firma —ológrafa, no había otra—, como trazo característico mediante el cual una persona —humana— manifestaba su voluntad o su aquiescencia o reconocimiento de un texto precedente, si bien no ha perdido su vigencia o em-

(28) En orden a ello, un informe del Parlamento Europeo del año 2017 señala que el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas, agregando que los seres humanos deben tener en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes, resaltando las graves consecuencias físicas y emocionales que ese vínculo emocional puede adquirir en las personas humanas. Periodísticamente hay referencias a la existencia (ya) de robots destinados a oficiar de acompañantes de ancianos o discapacitados —incluso conversar con ellos, o leerles los periódicos—, y hasta (es alarmante, pero cierto) de otros que, con formato relacionado a su fin, están diseñados para mantener con humanos relaciones sexuales (no como meros elementos pasivos propios de una “muñeca inflable”, sino con interacción sensorial).

(29) La ley 25.506 se ocupó oportunamente de regular la noción, los elementos y los efectos de la firma digital (LFD), y con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde agosto de 2015, en sus arts. 286 y 288 se abrió la puerta a la regulación no solo actual sino futura de este tipo de elementos electrónicos con valor jurídico predeterminado. Posteriormente, los decs. 962/2018 y 182/2019 del PEN —este último en correlación con la reforma efectuada a la ya mencionada LFD por ley 27.446—, se introdujeron otros elementos normativos (cabe recordar que el correlato existente entre los arts. 2º, 3º y 6º a 9º, LFD, con los ya mencionados arts. 286 y 288, Cód. Civ. y Com., ya generaba una suerte de asimilación de efectos jurídicos entre el concepto de firma digital y el de certificación de firma, así como también, igual asimilación entre esa firma digital y la firma ológrafa).

pleo **(30)**, ha quedado insuficiente ante la lógica necesidad de evidenciar dicho reconocimiento en los documentos —electrónicos— que son cada día de mayor difusión y empleo en el tráfico jurídico.

En previsión de esos avances realmente impredecibles —elogiable por su proyección regulatoria de futuro, como lo consignáramos *supra*— el Código Civil y Comercial de la Nación dispone al respecto en su art. 286 que “la expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. *Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos*”. Y por su parte el 288 dice que “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. *En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento*”.

Se consigna con tino al respecto **(31)** que el Cód. Civ. y Com. tiene correlato directo con la ya mencionada ley 25.506 (Regulatoria de la Firma Digital) y que con ello vuelve a hacerse presente la distinción entre los elementos del documento: la declaración y su asiento. La primera es el contenido, el segundo el continente, pudiendo ser este corporal (en el caso del soporte papel) o incorporeal (en el del documento digital) **(32)**.

La mencionada ley 25.506 (art. 2º) define la firma digital como el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo cono-

(30) Los arts. 313 a 315 y ccds., Cód. Civ. y Com., así lo evidencian a nivel normativo.

(31) D’ALESSIO, Carlos M., comentario al art. 286, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. II, p. 115.

(32) Al decir de Ricardo L. LORENZETTI (ob. cit., p. 57), “en el primer caso nos encontramos en el mundo de los átomos, en el segundo en el de los bites”.

cimiento del firmante, encontrándose este bajo su absoluto control.

A su vez, al equipararse en sus efectos la firma digital a la manuscrita u ológrafa (conf. art. 3º, LFD), los documentos electrónicos pueden acceder a la categoría de instrumentos privados y aun a la de públicos si se los reviste de los caracteres propios de ellos **(33)**.

Cabe recordar que antes de la sanción de la ley 25.506 (y, obviamente, durante la vigencia del Código de Vélez Sarsfield), los documentos electrónicos eran considerados meros principios de prueba por escrito en los términos de los arts. 1192, parte 2ª, de dicho Código, así como del art. 209 *in fine* del ahora derogado Cód. Com.

Además, también viene a cuento recordar que el art. 4º de la ley 25.506 excluye de su ámbito operativo las disposiciones por causa de muerte, a los actos jurídicos del derecho de familia y a los actos que por disposición legal o por acuerdo de voluntades deben ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital.

Una diferencia relevante entre los efectos de la firma ológrafa y la digital es que en la primera, además de los mecanismos legales de reconocimiento de la autenticidad de la firma (reconocimiento voluntario o ficto, o bien prueba pericial caligráfica), puede darse la circunstancia de que no se dude de su autenticidad, pero sí la adulteración del contenido del documento en la cual ella fuera estampado, mientras que en el caso de la firma digital —que implica que ella esté inserta dentro de un documento electrónico—, la misma utilización del procedimiento que excluye toda duda sobre la utilización de la clave que corrobora su autenticidad se proyecta también sobre la autenticidad del documento electrónico en el cual la firma fue agregada, siendo, entonces, que la técnica criptográfica que combina dos claves (la privada y la pública) permitirá al receptor comprobar la autenticidad también del documento **(34)**.

(33) Conf. conclusiones de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, UCES, Buenos Aires, 2001, Comisión N° 3, “El consentimiento y los medios informáticos”.

(34) LORENZETTI, ob. cit., p. 71.

Ahora bien —y cerrando este casi esquemático análisis de un tema tan lleno de aristas dignas de mayor desarrollo—, no debe perderse de vista que la interrelación de las dos claves (privada, atinente a la firma del mensaje por el emisor, y pública, empleada para certificar la autenticidad de la firma, vinculadas con un sistema de criptografía asimétrica que permiten la codificación y decodificación de los mensajes), si bien genera un contexto de razonable seguridad jurídica en relación con la efectiva conexión entre el emisor de la voluntad y el receptor de dicha emisión, no confiere *per se* a la firma digital el rango de “fe pública” que es inherente, por ejemplo, a la función notarial.

En orden a ello **(35)**, el art. 7º de la LFD dispone que “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”. Esta presunción de alguna manera colisiona con el criterio de doctrina —ya mencionado, *vide*, además, conforme al cual la firma digital adquiere igual rango que la inserta en un instrumento público, siendo que resultaría factible que el titular de un certificado de firma digital podría probar —por cualquier medio— que no fue él quien aplicó una firma digital en un contrato, pudiendo con ello liberarse de las obligaciones allí pactadas **(36)**.

De no ser así —parece lógico—, ningún sentido tendría la presunción de autenticidad que dimana del referido art. 7º de la LFD, ya que, como toda presunción *iuris tantum* —si fuera *iuris et de iure* la propia ley así debiera decirlo—, ella admite contrapueba.

Finalmente, dentro de las funciones y efectos de la firma digital, se consigna **(37)** que los principales son: a) garantizar la autoría; b) mantener la confidencialidad del mensaje; c) posibilitar el control de acceso limitado; d) mantener

(35) DI CASTELNUOVO, Franco - FALBO, Santiago, “Efectos jurídicos de la firma digital en el derecho argentino. Acerca de la errónea equiparación de la firma digital a la certificación de firmas en el decreto 182/2019”, LA LEY, 23/10/2019, AR/DOC/3333/2019.

(36) MORA, Santiago, “La reglamentación de la ley de firma digital. Una especial referencia a los prestadores del servicio de confianza”, LA LEY 2019-C-757—

(37) LORENZETTI, ob. cit., p. 80.

la integridad de la información; e) asegurar la validez probatoria y los plenos efectos de la firma escrita, gozando, por ende, de la presunción de autenticidad y de la presunción de integridad que deberá destruir mediante prueba específica quien las niegue, debiendo la legislación prever los procedimientos específicos para dicha impugnación.

II.3. Neurociencias y derecho

El avance científico en las denominadas “neurociencias”, singularmente habido en las últimas décadas, es objetivamente asombroso.

Uno de los difusores (científicos y mediáticos) de dicha disciplina, Facundo Manes, la postula como “las ciencias que estudian la organización y funcionamiento del sistema nervioso, y cómo los diferentes elementos del cerebro interactúan y dan origen a la conducta de los seres humanos” (38).

Tradicionalmente, más allá de los análisis conductistas propios de ciencias médicas como la psiquiatría y la psicología, algunos estudios de gran trascendencia histórica en su tiempo (como los del criminólogo Lombroso y su propuesta de extirpación de la foseta occipital de los delincuentes seriales, con proyecciones ya superadas relacionadas al determinismo en la conducta delictual), las investigaciones solían hacerse sobre cadáveres. Al día de hoy, el progreso de la aparatología en la medicina permite hacer el laboreo sobre áreas del cerebro mientras la persona está viva y en empleo de sus facultades intelectivas (como la resonancia magnética funcional, que estudia el comportamiento del cerebro a través del proceso de oxigenación de las neuronas).

Lo cierto es que como las neurociencias se vinculan en definitiva con el análisis de conducta humana —como el derecho—, indefectiblemente está en gestación lo que ya para algunos puede denominarse “neuroderecho” (39).

(38) MANES, Facundo - NIRO, Mateo, “Usar el cerebro (conocer nuestra mente para vivir mejor)”, Ed. Planeta, Buenos Aires, 2012, p. 25.

(39) Ver al respecto el interesante trabajo VILLANUEVA RASPALL, Paula, “Neuro Derecho. Hacia un diálogo entre

Como lo consignara el ya citado neurocientista Facundo Manes, “el cerebro es la estructura más compleja del universo, y el Derecho el instrumento más complejo de las relaciones sociales” (40).

En su interconexión, entender de qué manera los diferentes elementos del cerebro interactúan, origina y determina la conducta humana de quien emplea su cerebro para tomar decisiones —jurídicas o antijurídicas, en la medida en que debemos evaluarlas a partir de esa bipolaridad básica de la ciencia jurídica—, con lo cual la incidencia de una rama del conocimiento biológico sobre la otra rama del cientismo sociológico-normativo es indefectible, y con “fronteras de cruce” múltiples e incluso mayoritariamente inexploradas.

Esta perspectiva de conocer el porqué del actuar de las personas cuando ese actuar tiene incidencia en sus vínculos —jurídicos— con otra u otras, lejos ya del determinismo Lombrosiano, y fuera incluso de la mirada estrictamente penal o criminalística de conductas y su pretensa predeterminación, puede aportar al Derecho enormes avances en la prevención —como anticipación predecible— de comportamientos antijurídicos, en la estadística del análisis económico del derecho sobre pautas de evaluación de esos comportamientos, en el juzgamiento de los márgenes de intencionalidad cuando ese factor subjetivo está en juego en el análisis de la conducta, y en numerosos ámbitos más (41).

En un trabajo de aconsejable lectura dentro de un tema que tiene lógicamente proyecciones tan vastas (42), se menciona que, entre otros aspectos, las neurociencias tienen aptitud para ilustrar al jurista en aspectos tales como el análisis entre el libre albedrío y el determinismo, la memoria y con ello la credibilidad de los testigos en un proceso judicial, la graduación en la

el Derecho y las neurociencias”, LA LEY del 13/12/2019, AR/DOC/3829/2019.

(40) *Ibidem*.

(41) GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, “Neurociencias y Derecho”, Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2016, cap. I, p. 91.

(42) SOBRINO, Waldo, “Neurociencias y Derecho”, LA LEY, 26/08/2019, AR/DOC/2556/2019.

imposición de las penas (43), la objetividad e imparcialidad en el juzgamiento por parte de los jueces (44), el cálculo de proyección de consecuencias cuando se toman decisiones que se vinculan con la asunción de riesgos, el análisis de los componentes subjetivos del acto voluntario (discernimiento, intención y libertad), las expectativas y los mecanismos decisorios del consumidor inducido, o la toma de decisiones

(43) Es sabido que normativamente la perspectiva de la real comprensión del alcance de sus actos por parte de un imputado en el proceso penal incide precisamente en su imputabilidad.

(44) El mismo SOBRINO, ob. cit., p. 4., pasa revista a estudios de derecho comparado conforme a los cuales, por ejemplo, se ha demostrado estadísticamente que hay una correlación comprobable entre el momento del día en el cual el magistrado expide una decisión, y el sentido de esta. Cuando está descansado o recién alimentado, hay una tendencia a una mayor flexibilidad en dicho proceso decisorio, el cual por contrapartida aparece más estricto cuando se lo expide luego de varias horas de trabajo, o en situaciones de estrés laboral comprobable. O —también— cuando el magistrado debe juzgar conductas que de alguna manera se vinculan con vivencia personales de él mismo, que inciden en su objetividad —al conectarse inconscientemente en afinidad con la víctima de un daño, si él mismo lo ha sufrido con anterioridad en situaciones similares—. En relación con ello, es singularmente interesante lo relatado por VILLANUEVA RASPALL (ob. cit., p. 6), quien trae a cita un episodio relatado nada menos que por Piero CALAMANDREI (“Elogio de los jueces. Escrito por un abogado”, Oxford University Press, México, 2000, ps. 9-10). Conforme a este, relata el ilustre profesor italiano que en circunstancias de tener que defender en casación los intereses de una persona que había vendido a otra un caballo y que había sido demandada por el comprador alegando la existencia de un vicio redhibitorio —cual era el de morder—, había sido desestimada la pretensión anulatoria del contrato en las instancias previas. Apareciendo tan claramente sostenible la posición de su cliente, el mismo Calamandrei alude a que prescindió de alegar —siendo por la procedencia del recurso y la consecuente anulación de la venta. Interrogado luego por Calamandrei por las razones de su decisión, le dijo expresamente: “Mi querido abogado, contra los caballos que muerden nunca se es suficientemente severo. Hace años, paseaba por la ciudad llevando a mi hijo de la mano, y en esas circunstancias pasamos cerca de un coche de caballos, parado junto a la acera. Usted no lo creará, pero aquel caballo de aspecto inofensivo, se dio vuelta de pronto y le mordió a mi chico el brazo. Una herida profunda que, para curarla, necesité más de un mes. Desde, entonces, cuando oigo hablar de caballos que muerden, soy inexorable”.

no racionales por parte del consumidor hipervulnerable, la determinación de la existencia de daños cerebrales en un acto ilícito, o la cuantificación del daño psíquico, o la del daño extrapatrimonial cuando el mismo no se prueba *in re ipsa*, la prevención de los accidentes de tránsito (45), la determinación del fin de la existencia de la persona humana a los fines del trasplante de órganos de origen cadavérico, en relación con el concepto de “muerte cerebral” que la legislación específica sobre la materia determina con determinante incidencia de la biología, etcétera.

En definitiva, los avances científicos en las neurociencias proyectan múltiples incidencias en el Derecho, tanto público como privado, y debe este saber adecuarse a ellas y aprovechar la enorme utilidad que este “neuroderecho” en gestación le ofrece.

II.4. Criptomonedas y blockchain

Señala con su habitual lucidez Hugo Acciarri (46) que, ante la aparición de tecnologías disruptivas —las criptomonedas quizá sean tanto para el Derecho como para la Ciencia Económica en tal sentido paradigmáticas—, la actitud de los juristas es el rechazo y el énfasis está puesto en resaltar sus peligros.

Sin perjuicio de que ellos existan y sin tomar —nosotros— partido en relación con tal circunstancia, cabe admitir que prácticamente en los últimos diez años ha surgido y se ha desarrollado el concepto de “criptomonedas” o “criptodivisas”, las que han sido conceptualizadas —entre otras propuestas— (47) como “dinero virtual no regulado, controlado por sus usuarios, que utiliza la criptografía de clave asi-

(45) Por caso, la incidencia que el grado de alcohol en sangre del conductor vehicular a través de los test de alcoholemia a nivel preventivo, o del análisis químico cuando se realiza *ex post facto*, tiene directa correlación con el grado de normalidad o anormalidad síquica que la ingesta de alcohol —o estupefacientes— determina en la conducta del protagonista en la conducción.

(46) ACCIARRI, Hugo, “Smart contracts, criptomonedas y el Derecho”, LA LEY 02/05/2019, AR/DOC/1017/2019.

(47) Conf. KEES, Milton H. - KAMERBEEK, Tomás, “Sobre la naturaleza jurídica de las operaciones con criptomonedas”, JA del 13/02/2018.

métrica para proporcionar seguridad al sistema digital que les da vida”.

Es verdad que existe, sin duda, un enorme escepticismo cuando se habla de criptomonedas (48), siendo quizá mayoritarias las opiniones no solo de legos, sino incluso de especialistas, que vaticinan que los criptoactivos están en el epicentro de la nueva “burbuja” que financieramente se está gestando a escala mundial, y que más tarde, o más temprano, habrá de explotar (49).

Es así que, en una mirada global, se aprecian muy distintos posicionamientos en relación con la regulación, la admisión o el empleo de criptomonedas, habiendo jurisdicciones que las alientan (v.gr., España, Australia, Canadá, Chile, Tailandia, Singapur y otras), mientras que hay otros que o prescinden de su regulación (lo que hace casi clandestino su empleo), o bien directamente se oponen a su admisión (EE.UU., China, Rusia, Japón, Italia, Brasil). E incluso de puede diferenciar un tercer grupo de posicionamiento “neutral” (que las analiza caso por caso en los supuestos singulares que requieren la atención del sistema jurídico-económico),

(48) En definitiva, o en última instancia, el sustento de su existencia o de su esencia misma es netamente fiduciario, no en el significado específico de esta figura negocial típica, sino en el de la confianza que vincula a sus adquirentes o usuarios en relación con el funcionamiento tecnológico del sistema misma que las genera. Obviamente, como medio de pago —no otra cosa es—, no tiene, como el dinero en cualquiera de sus manifestaciones, un respaldo en valor oro o equivalente (aunque, bien mirado, el valor del oro no es otra cosa más que una convención, ya que, no deja de ser un metal escaso y de imposible reproducción —lo que existe lo hace desde hace milenios, y lo que no está depositado en instituciones financieras públicas o privadas está todavía enterrado en las entrañas de las zonas auríferas inexploradas hasta hoy—, pero que no cumple expectativas de otra utilidad para el hombre que el de ser una convención de valor en sí misma. El oro no se come, no abriga, no protege, no genera energía, solo “vale”. Con ello, y a su manera, todo el sistema monetario mundial está sustentado en un complejo entramado de fiducia, creencia o convención de asignación de valor.

(49) LORENTE, Javier A., “Criptomonedas e insolvencia. Primeras aproximaciones a la cuestión”, en *Las nuevas tecnologías...*, ob. cit., p. 168.

entre los cuales, además, de Argentina, figuran México, Francia y Alemania (50).

El *bitcoin* es la primera criptomoneda y la más difundida globalmente (incluso con cotizaciones muy variables en correlación con divisas tradicionales, como el dólar o el euro o yen, pero que en general parecieran marcar un sendero hacia la baja), siendo la primera aplicación del *blockchain* al dinero digital, líquido y programable. Se atribuye su creación a un sujeto colectivo, para algunos singularizados en alguien llamado Satoshi Nakamoto, que alrededor del año 2008 generaron algunas publicaciones que perfilaban el complejo diseño de su estructura.

Básicamente, el *bitcoin* mediante un complejo diseño tecnológico lo que permite es generar una cadena de pagos de persona a persona sin pasar por entidades financieras públicas o privadas. Estas criptomonedas conforman así dinero digital —resultante de la criptografía y de las ciencias de la computación— capaz de proveer todas las funciones del dinero sin participación alguna de entidades financieras o de gobiernos, buscando evitar gastos dobles en las transacciones y crear así un sistema monetario paralelo y descentralizado. Ello opera dentro de la comunidad digital (*online*), pero requiere de un servidor central que mantenga el registro y la trazabilidad de las transacciones.

Se menciona (51) que las cuatro propiedades típicas del dinero como medio de pago en las transacciones de contenido económico (medio de pago, unidad de cuenta, reserva de valor y curso legal) no aparecen necesariamente en el caso de las criptomonedas, lo cual ha generado numerosos y variados pronunciamientos judiciales en el derecho comparado que la naturaleza de esta labor nos releva de iterar.

A su vez, su novedosa existencia plantea infinidad de interrogantes que el Derecho —legal,

(50) Es sintomático el caso de Venezuela, que muy recientemente anunció la adopción de un sistema de criptoactivos con matices nacionalistas y con una suerte de respaldo mixto en el cual figuraba también la existencia de reservas petroleras, pero que hasta donde tenemos información periodística ni se ha instrumentado, ni tiene perspectivas serias de que eso suceda.

(51) ACCIARRI, ob. cit., p. 4.

jurisprudencial o doctrinario— debe afrontar, entre las cuales se computan, entre otras, su situación ante el fenómeno falencial de su titular, el lavado de dinero y la financiación del terrorismo y su tratamiento impositivo.

En nuestro país, en el cual como hemos dicho no existe una regulación legal sobre la materia, se han propuesto distintas alternativas a la hora de intentar identificar su naturaleza jurídica (52). En orden a ello hay quienes las identifican con un título valor —pese a que se prescinde absolutamente del soporte documental propio de los títulos cartulares y que la eventual variación de la suma a pagarse conforme a su cotización mutables importe una clara violación al principio de literalidad propio de esa categoría de instrumentos de crédito de naturaleza mercantil (53)—, otros aluden a la presencia de un “bien mueble digital” (54), y algunos otros a una divisa o medio de pago, con relación a lo cual se ha objetado que las criptomonedas otorgan derechos a sus poseedores que exceden la mera función de ser un medio de pago.

Asimismo, y en lo que es laboreo de campo, se ha detectado que dentro del territorio de la República Argentina hay numerosas jurisdicciones en las cuales se acepta la *bitcoin* como medio de pago en distintos comercios y por distintos profesionales (como veterinarias, inmobiliarias, venta de servicios informáticos, heladerías, casas de fotografías, peluquerías y bares) (55).

Por su parte, el *blockchain* (o “la tecnología *blockchain*”, como quizá se la denomina con mayor rigor técnico) —la que conforme algunas opiniones resulta ser aún más disruptiva que el sistema *bitcoin* en sí mismo, aunque se mantienen grandes vinculaciones conceptua-

les y operativas entre ambos, en tanto el sistema *bitcoin* fue el primer *blockchain* en existir y actualmente su manifestación más grande o extendida (56)—, que en español debe traducirse como “cadena de bloques”, implica una base de datos distribuida, que se almacena en una red diseminada de puntos o “nodos”, cada uno de los cuales está compuesto de *hardware* y *software* aportado por distintas personas —a cambio de una contraprestación— que participan, entonces, del sistema, con la singularidad de que cada uno de los nodos almacena una réplica de la totalidad de los *blockchains*, y que todos ellos se van actualizando en paralelo.

Esa base de datos recibe la denominación de *blockchains* porque se va formando con diversos bloques o paquetes de datos, los que se generan con una velocidad singular. Se dice que los bloques “se encadenan” por cuanto cada bloque incluye el *hash* (57) del bloque anterior, lo que representa una garantía de seguridad al sistema, ya que, si alguien quisiera modificar una operación que está almacenada en un bloque ya generado antes, no solo tendría que modificar ese bloque sino todos los otros que se generaron después de él, con una frecuencia que suele estimarse en no más de diez minutos.

En el sistema *blockchain* que genera *bitcoins*, cada vez que un nodo logra agregar un bloque a la cadena, recibe del sistema —a modo de recompensa— una cierta cantidad de *bitcoins* nuevos, así como una determinada comisión que pueden pagar los titulares de *bitcoins* al ordenar las transferencias. A estos nodos se los llaman “mineros”, en el sentido de que están destinados a buscar oro, “que cada tanto encuentran” (58).

Hay, además de la *blockchain* relacionada con los *bitcoins*, otras operaciones del mismo sistema con finalidades distintas, como el *block-*

(52) Vid. KEES — KAMERBEEK, ob. cit., p. 14.

(53) Conf. ESCUTI, Ignacio, “Títulos de crédito”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 7.

(54) HIJAS CID, Eduardo, “*Bitcoin*. Algunas cuestiones jurídicas”, *El notario del siglo XXI*, 66, Madrid, 2016.

(55) Ello sucedería, conforme al ya mencionado trabajo de Kees y Kamerbeek, en las provincias de Buenos Aires, Río Negro, San Juan, Misiones, Tucumán, Santiago del Estero, Jujuy, Formosa, Chaco, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Córdoba y Formosa. Llamativamente, no se registra su empleo en provincias centrales (Santa Fe, Mendoza, Entre Ríos y la misma Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

(56) MORA, Santiago, “La tecnología *blockchain*”, en *Las nuevas tecnologías...*, cit., p. 65.

(57) La denominación *hash* implica en inglés algo así como lo que en español llamaríamos “picadillo”, vale decir, la función *hash* consiste en un algoritmo matemático que aplicado sobre un documento digital cualquiera da como resultado una secuencia de aproximadamente unos treinta caracteres alfanuméricos.

(58) MORA, “La tecnología *blockchain*”, ob. cit., p. 70.

chain 2.0 que está relacionado a la generación de *smart contracts* o contratos inteligentes (59).

Asimismo, hay dos clases principales de *blockchains*, las “no permissionadas” y las “permissionadas”. En las primeras cualquier persona puede descargar el *software* y ejecutarlo en un ordenador conectado a internet, creando así un nuevo nodo en la red.

En las permissionadas, en cambio, es necesario previamente obtener un permiso o autorización de alguien para ingresar a la red y ejecutar en ella un nodo. Según que —dentro de las permissionadas— cualquier persona pueda acceder a la información allí registrada y utilizarla para transacciones o, en cambio, ese acceso esté limitado a determinados usuarios, se habla de “permissionadas públicas” o “privadas” (60).

Dentro de las alternativas de uso o empleo del sistema *blockchain*, además del empleo de *bitcoins* para la celebración de transacciones económicas, se da la posibilidad de que muchas empresas ofrezcan al público el servicio de registrar archivos (o sus *hashes*) dentro de aquel, lo cual en algunos casos puede implicar la prescindencia del empleo de escribanos, o del empleo de registros tradicionales, permitiendo ahorrar costos y lograr la trazabilidad de mercaderías y demás activos.

Un aspecto muy relevante y actual de la tecnología *blockchain*, singularmente en su faceta de generación de *bitcoins* es la que se relaciona con el caso de la insolvencia del titular de estos últimos (61). Es un dato relevante que, más allá de referencias jurisprudenciales —particularmente del derecho comparado—, ni en la Argentina ni en el resto de los ordenamientos jurídicos comparados aparecen regulaciones normativas

(59) Nos referimos a ellos *infra*, al analizar la incidencia de las nuevas tecnologías en el contrato.

(60) Dentro de las “*blockchains* permissionadas”, se computa la denominada “Blockchain Federal Argentina”.

(61) Ver al respecto, entre otros, los trabajos de Javier Armando LORENTE (ob. cit., ps. 165 y ss.), y de Miguel Eduardo RUBIN (“Volver al futuro. Las criptomonedas frente a la insolvencia en el derecho comparado - Revista de casos”, igual publicación, ps. 197 y ss.).

vinculadas a ese tópico singular, el que sí aparece analizado en la doctrina especializada (62).

Quizá la pregunta más importante que se derive del tema es la de si un acreedor privado titular de una obligación consistente en la entrega de criptomonedas está legitimado para pedir la quiebra de su deudor. Alguna doctrina entiende que sí (63), con sustento en la legitimación amplia que dimana del texto del art. 80 de la Ley de Concursos y Quiebras, que legitima para ello a cualquier acreedor, cualquiera sea la naturaleza de su acreencia, con la sola condición de que la obligación sea exigible.

Como se puede apreciar de este menos que breve paneo del instituto, este adquiere incidencia directa en los sistemas tradicionales de pago y contratación, estando todavía —en nuestras latitudes— en plena etapa de desarrollo.

II.5. Big data, internet de las cosas

Reiterando la salvedad que hiciéramos al inicio de esta labor —y que igualmente consignáramos al abordar cada uno de los temas que la componen—, anticipamos si cabe nuestras excusas por el casi elemental (o quizás hasta meramente conceptual) tratamiento que asignamos a ellos, pero se comprenderá que la necesariamente acotada extensión de este trabajo así lo impone (además, necesario es decirlo, de nuestro limitado conocimiento técnico sobre muchas de ellas). Si las vinculamos, como un hilo conductor, con la incidencia actual o futura que ellas adquieren en el campo del derecho, fundamentalmente privado.

Big data puede entenderse como el campo de las ciencias de la computación que estudia formas de analizar, procesar y extraer información útil de conjuntos de datos que son demasiado voluminosos o complejos para

(62) Cabe alguna referencia singular. En diciembre de 2017 se sancionó en la República Argentina la ley 27.430 que introdujo relevantes modificaciones al sistema tributario nacional. Dicha ley grava con el impuesto a las ganancias a “las rentas provenientes de las monedas digitales”, lo cual deja fuera de consideración alguna postura que aludiera a que esas criptomonedas eran “bienes fuera del comercio”.

(63) LORENTE, ob. cit., p. 178.

ser procesados por sistemas tradicionales de computación (64).

De alguna manera, su objetivo primordial pretende entender y predecir el conocimiento humano —y otras cuestiones— mediante el empleo de grandes volúmenes de información no estructurados. Las principales características de los datos que son analizados por *big data* se conocen como las “5 V” (volumen, velocidad, variedad, veracidad y valor —esta última como utilidad en función del objeto de la búsqueda—).

Los datos pueden provenir de múltiples fuentes de información (preferencias en las búsquedas por internet, pertenencia a grupos en Facebook o Instagram, videos de seguridad, patrones de clima, registros de navegación en la web, historias clínicas computarizadas, bancos de datos, frecuencia y destinos en la adquisición electrónica de medios de transporte aéreo, datos de siniestros en relación con el requerimiento de asistencia asegurativa, etc.).

Obviamente, las proyecciones jurídicas de su resultado son múltiples. Se premia con millas al viajero frecuente o al adquirente de determinados productos por vía del empleo de tarjetas electrónicas expedidas por determinadas entidades financieras, se reducen o elevan las primas de conductores prudentes o imprudentes, se direcciona el gusto del público en la oferta de determinados productos (en Netflix es frecuente ver los ofrecimientos personalizados de determinado tipo de películas según el patrón de gustos en relación con otras precedentes), se direcciona en internet la publicidad relacionada al tipo de productos adquiridos por el receptor de esa publicidad, etc. Ello tiene que ver, entre otras muchas facetas relacionadas al derecho, con aspectos tales como la publicidad inducida en el derecho del consumo.

Internet of things (IoT), o internet de las cosas, se refiere a la posibilidad de extender a través de la conexión a la red mandatos operativos dirigidos a cosas (no a personas), ya sean aquellos objetos, dispositivos, sensores, alarmas, video-

cámaras, y otros elementos que normalmente no son considerados computadores.

Estos objetos inteligentes requieren una mínima intervención humana para generar, intercambiar, consumir y aplicar datos, incluso generalmente pueden interconectarse a distancia con otros objetos inteligentes o con computadoras remota que analizan y administran la información recibida.

El concepto se vincula también con una red cada vez más amplia —y que crece exponencialmente— de objetos conectados entre sí, que son aptos para recolectar e intercambiar datos empleando sensores y transmisores incorporados a su propia estructura. Así, pueden vincularse a IoT electrodomésticos, sistemas de apertura y cierre de aberturas domiciliarias, o de encendido o apagado de luces o de algún elemento eléctrico, automóviles, etcétera.

El tema, entre otras facetas, proyecta jurídicamente consecuencias —entre otras— en materia de asignación de responsabilidad civil por daños causados por esas cosas (v.gr., en el análisis de la aplicación de un factor de atribución objetivo o subjetivo, según se interprete que el daño ha sido causado por el riesgo o vicio de la cosa que recibe la orden operativa, o por la culpa del dueño o guardián de ella si de él emanó esa orden).

II.6. Títulos valores electrónicos

Tal como acontece con otros documentos que tradicionalmente fueron instrumentados en soporte papel (facturas tanto por prestaciones de servicios públicos como privados, resúmenes de gastos mediante tarjetas de crédito, expedientes judiciales, tickets de pasajes o de ingreso a espectáculos públicos, servicios bancarios y tantos más), se ha señalado ya en el derecho comparado que los títulos valores en su configuración tradicional están viviendo una crisis vinculada con los avances de la tecnología digital (65).

(65) Ver CULTRARO, Gustavo, “Primeras consideraciones sobre el pagaré, la letra de cambio y el cheque electrónico”, en *Las nuevas tecnologías...*, ob. cit., ps. 91 y ss. El referido autor cita allí un relevante trabajo de HINAREJO CAMPOS - FERRER GOMILA - MARTÍNEZ NADAL titulado “Letras de cambio, cheques y pagarés

(64) ZAPIOLA GUERRICO, Martín, “El impacto de las nuevas tecnologías en la actividad aseguradora”, LA LEY 15/12/2019, AR/DOC/3175/2019.

Ya en el año 2012, el Grupo de Trabajo IV (comercio electrónico) de UNCITRAL expidió un documento aludiendo a que “el uso de los documentos electrónicos transferibles solo es parte de un conjunto más amplio de temas jurídicos relacionados con el comercio electrónico”.

El “paradigma digital” del que habla entre otros Ricardo Lorenzetti (66), generadora de una *lex informática* que como la *lex mercatoria* escapa a los controles regulatorios estatales e impone en el mundo digitalizado nuevas realidades que se autorregulan, se potencia dentro del vasto mundo del crédito, y dentro de él es sabido que los títulos valores ocupan un espacio y un rol determinante, y no pueden escapar a aquella “realidad virtual”.

Como no podía ser de otro modo, esa misma realidad virtual relacionada con el subtema que estamos abordando no fue dejada de lado dentro del texto del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia desde agosto de 2015, receptando la “desmaterialización de los títulos valores cartulares” y la admisión de los “títulos valores no cartulares” (67), regulándose incluso los casos de sustracción, pérdida o destrucción de los libros de registro de estos últimos (68).

Según es fácil de advertir, la existencia de títulos valores no cartulares (o electrónicos), cuya existencia ya se avizora y probablemente en algún tiempo sustituya el sistema actual de documentación de aquellos, presenta una serie de problemas que la doctrina asume y que oportunamente la ley deberá considerar.

Por caso, uno no menor es el de la “unicidad” del documento, así como también la adaptación a esa nueva realidad de las nociones de “posesión” y “entrega” de la cambial, así como la cuestión tan relevante cual es la de su transfe-

electrónicos”, *Revista Jus*, 31, vol. 7, enero-junio 2013, Puebla.

(66) LORENZETTI, Ricardo L., ob. cit., p. 38.

(67) *Vid.*, respectivamente, el texto de los arts. 1836 y 1850 (los que no transcribimos por razones de economía en su extensión), dentro de la regulación de los títulos valores (Libro Tercero, tít. V, cap. 6).

(68) Arts. 1876 y ss., Cód. Civ. y Com.

rencia, que obviamente debe superar el elemento actual del endoso.

Como apunta Cultraro (69), el ya mencionado Grupo de Trabajo IV de la UNCITRAL utilizó sobre el tema los debates planteados respecto de la cuestión de los documentos electrónicos de transporte en las Reglas de Rotterdam sobre transporte marítimo internacional (70), existiendo en el derecho comparado (EE. UU. y Corea, entre otros) modelos de documentos electrónicos transferibles.

No son ajenas a esos debates otras cuestiones relevantes, tales como por ejemplo las vinculadas con la creación misma del documento, los tipos de documentos negociables, las condiciones de transferencia, la identificación del tenedor y la determinación de los derechos incorporados al documento. También la función y responsabilidad de los terceros o intermediarios en la transmisión, así como la responsabilidad por eventuales errores en las comunicaciones realizadas mediante el empleo de agentes electrónicos.

Un aspecto no menor en el tema es el de los títulos valores electrónicos ante los procesos concursales (71), singularmente ante las actuales previsiones normativas en la LCQ sobre adecuación de la presentación en la verificación tempestiva (v.gr., la obligación de presentar los originales del título que legitima al acreedor).

En los debates de UNCITRAL —señala Cultraro (72)— hubo consenso en la determinación de cinco principios basilares en la materia:

a) La equivalencia funcional electrónica con la escritural en lo concerniente al documento en sí mismo;

(69) “Primeras consideraciones sobre el pagaré...”, ob. cit., p. 93.

(70) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente marítimo, del año 2008.

(71) Ver MICELLI, María Indiana - MOIA, Ángel L., “La verificación de los nuevos títulos valores electrónicos. Problemáticas a resolver en materia concursal”, LA LEY 13/12/2018, AR/DOC/2431/2018.

(72) CULTRARO, Gustavo, ob. cit., p. 94.

b) La equivalencia funcional de la firma en ambos tipos de soportes;

c) La unicidad y la garantía de singularidad a través de un sistema de registro o de símbolos (*tokens*) en el cual el símbolo es el equivalente al documento original en soporte papel;

d) La transmisión de derechos mediante el “concepto de control” como equivalente funcional de la posesión y de la transferencia por tradición;

e) La identificación y autenticación del tenedor, que se logra cuando se emplea el “control como sustituto de la posesión”.

En nuestro país —Argentina—, más allá de algunos principios como los de equivalencia funcional y no discriminación que la ley 25.506 de Firma Digital introdujo con relación a ese instituto, y de la existencia de algunas previsiones normativas específicas que guardan vinculación con la materia (73), lo cierto es que está pendiente de tratamiento una regulación específica sobre la cuestión, que podría adecuarse a las ya aludidas pautas expedidas por UNCITRAL, y que permitan aventar riesgos dentro de una temática tan relevante a nivel económico y jurídico como lo es la de los títulos valores y su circulación.

II.7. Internet y daños a la persona

Quizás esta sea la temática que mayor cantidad de casos resueltos y a resolver genera hasta aquí la innovación electrónica en su incidencia con el Derecho, y por lo que echa de verse la tendencia es a su incremento.

Ya hace muchos años atrás, pero con la anticipación a los hechos que confiere la lucidez, el recordado maestro Elías P. Guastavino (74) pu-

(73) Como la ley 27.264, que admitió la desmaterialización de pagarés emitidos en papel para su negociación en el Mercado de Valores, o la ley 27.444 de Simplificación y Desburocratización de la Administración Pública Nacional, del 2019. Otro tanto cabe decir con relación al texto de los arts. 286 y 288, Cód. Civ. y Com., en relación con las perspectivas aperturistas en orden a la existencia de documentos electrónicos.

(74) GUASTAVINO, Elías P., “Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación”, Ed. La Rocca,

blicaba una señera obra en la cual esbozaba con la profundidad conceptual que lo caracterizaba los problemas que la computación —todavía internet no se había desarrollado como sistema global de comunicación— ofrecía al operador jurídico, señalando (y analizando, con visión de pionero) aspectos tales como la tutela legal de la creación de instrumentos informáticos, la informática y los datos reservados y prohibidos (75), los contratos informáticos, los delitos informáticos, las nociones basales de la responsabilidad civil en computación (76), el resarcimiento de los daños en materia contractual y aquiliana (obviamente, derivados del empleo de la computación), y hasta el “derecho procesal informático”.

Obviamente, al día de hoy el panorama es mucho más complejo y polifacético que el que se presentaba hace más de treinta años atrás, y comprende aspectos muy variados como entre otros la responsabilidad por los ilícitos vinculados a las patentes de aplicaciones, la generada por la afectación de derechos personalísimos de las personas humanas tales como la intimidad, la imagen y el honor cuando esa afectación se produce a través del empleo de la red o de alguno de los medios informáticos de comunicación, las afectaciones personales o hasta institucionales derivadas de las *fake news*, los reclamos contractuales por deficiencias en prestaciones vinculadas a equipamiento o servicios informáticos, los propios del incumplimiento en los contratos informáticos (77), la prevención de daños en la informática, los límites a la libre expresión en materia informática,

Buenos Aires, 1987.

(75) Cabe recordar, como ejemplo de esa visión prospectiva, que al tiempo de la redacción de la obra no existía todavía la Ley de Protección de Datos Personales.

(76) Señalaba GUASTAVINO (ob. cit., p. 92) que las principales hipótesis de daños resarcibles eran la de los daños producidos por defectos o deterioros de los elementos vinculados al hardware, los daños por errores o disfuncionalidad en la preparación, elaboración y puesta en acción de los programas de computación vinculados al software, y los daños por el uso ilícito de elaboradores electrónicos, especialmente por el tratamiento automatizado de datos erróneos, prohibidos o protegidos por vincularse con aspectos privados, secretos o íntimos.

(77) Analizamos algunos de sus aspectos específicos *infra*, al analizar la tecnología y el contrato.

las ilicitudes por el acceso, transmisión o difusión de datos sensibles de los bancos de datos, los daños a los consumidores en la contratación electrónica o a distancia, el denominado *right of publicity* y tantos más.

Decía otra recordada y brillante jurista (78) que el surgimiento de redes sociales en internet (*social networks*) implica el gran invento del siglo XXI, reputado por algunos como superior a la invención de la imprenta por Gutenberg y generador de una revolución sociológica y un poder inconmensurable en comunicación, *marketing* y tendencias. Obviamente, con ello va anexo un potencial dañoso impredecible.

Es relevante memorar que la ley 26.032 del año 2005 —en criterio luego reiteradamente ratificado por doctrina judicial uniforme de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— que “la búsqueda, recepción y difusión de información de ideas de toda índole, a través del servicio de internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (79).

Bien se ha dicho que “la sociedad de la información, sucesora de la sociedad industrial, se refiere a la creciente capacidad tecnológica para almacenar informaciones y hacerlas circular cada vez de forma más rápida y con mayor difusión” (80).

Obviamente, esa tutela constitucional al intercambio de ideas e información a través de internet debe tener los mismos límites que también constitucionalmente se fijan para los medios

(78) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Tratado de daños a las personas - Daños a la dignidad”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2011, vol. 2, p. 311.

(79) Tal concepto ya había sido anticipado de alguna manera por el dec. 1279/1997 que extendía a internet la misma protección que la asignada constitucionalmente a los demás medios de comunicación social. Ver al respecto BEKERMAN, Uriel - RONDANINI, Alejandro, “Algunas consideraciones sobre el acceso a internet y la libertad de expresión”, JA, 2019-III, fasc. 9 del 28/08/2019, ps. 13 y ss.

(80) FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, “Manual de derecho informático”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, 1ª ed., p. 11.

tradicionales (escritos o audiovisuales) (81), dentro de los cuales como es sabido hay severas limitaciones a la censura previa, pero sí el reconocimiento de eventual responsabilidad (civil, y hasta penal) posterior a la manifestación errónea, maliciosa o agravante.

En otras palabras, el reconocimiento de que las ideas o expresiones vertida a través de internet (y sus múltiples canales de empleo, tales como Whatsapp, Facebook, Twitter, Instagram y tantas más) gozan de la tutela del ejercicio de la libertad genérica de expresión, lleva como contracara que también se encuentra sometidas a las pautas que legal, doctrinaria y jurisprudencialmente se estatuyen para lo que genéricamente se denomina “responsabilidad de la prensa” o, más propiamente, de los medios de comunicación.

Como se señala atinadamente (82), entre otros supuestos generadores de responsabilidad civil por el empleo de internet (como los conflictos derivados del empleo de los nombre de dominio, la generada en los contratos informáticos y los de la contratación electrónica en general), la ley 25.326 de Protección de Datos Personales ofrece todo un panorama específico de las facetas regulatorias de los potenciales conflictos entre los bancos de datos personales y el derecho de las personas al debido resguardo de su honor, intimidad e imagen (que sin dudas son, dentro de los derechos personalísimos a la integridad espiritual, los más vulnerables en el caso).

La necesaria distinción entre datos comunes y datos sensibles (que son los singularmente protegidos), el consentimiento del titular para el tratamiento de los datos que le conciernen, la seguridad y confidencialidad de estos, la cesión y la transferencia internacional de ellos, los derechos del titular de los datos al acceso, la rectificación, supresión, confidencialidad y hasta al olvido, los distintos tipos de bases de datos e

(81) BORDA, Guillermo, “La responsabilidad de los buscadores en internet”, JA 2010-II-1009, así como STIGLITZ, Rubén y Gabriel, “Responsabilidad civil por daños derivados de la informática”, LA LEY 1987-E, 795.

(82) BOLOTNIKOFF, Pablo, “Informática y responsabilidad civil - Contratos informáticos, bases de datos, nombres de dominio en internet, contratación electrónica y firma digital”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004.

incluso la incorporación —salvo excepciones— de bancos públicos a la regulación legal tuitiva, junto con las sanciones previstas expresamente por el no acatamiento de esas directivas, conforman un contexto regulatorio singularmente amplio y a su vez detallado en la materia (83).

Nociones contemporáneas como el *pishing*, el *cyberbullying* (84), el ciberacoso, la trata de imágenes, el *grooming*, la sextorsión o *sexting*, el *cracking*, la *shotacon*, el *upskirting*, el *doxing*, el *sharenting*, sobre las cuales prescindimos deliberadamente de abundar limitándonos a su mera enunciación (85), anticipan quizá las multiformes maneras de dañar a través de la web, asumiendo, como lo apunta Matilde Zavala de González (86), las dificultades que en la determinación singular del responsable ofrece el sistema, entre las cuales se cuentan el frecuente anonimato de los dañadores —que falsifican identidades o emplean identidades de otros—, la posibilidad técnica de suplantar al emisor o receptor, la eventual magnitud extraordinaria del daño causado a través del empleo de un medio que convoque a veces a millones de receptores, el peligro de intrusiones masivas (la actividad de los *hackers* en la red es cada vez más común y más sofisticada, al igual que la generación de virus potencialmente muy peligrosos para la invasión y la destrucción de información en los ordenadores personales o de bancos de datos), y las dificultades del control previo por los prestadores de servicios.

(83) Sin perjuicio de la numerosa y valiosa bibliografía existente en la materia, ver al respecto TOBIÁS, José W., "Tratado de Derecho Civil - Parte general", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, ps. 312 y ss., y SAUX, Edgardo I., "Tratado de Derecho Civil - Parte general", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, ps. 161 y ss.

(84) *Vid.* entre otros TOMELO, Fernando, "Cyberbullying y responsabilidad civil de los padres en la web 2.0", RCyS, 2010-VIII-46.

(85) Para la búsqueda singularizada de la caracterización de cada uno de ellos ver MÍGUEZ, M. Soledad, "Las tecnologías de la información y comunicación (TIC) y su interacción con las relaciones de familia y la violencia digital", RDD 2019-3-176 y ss. También al respecto ver WIERZBA, Sandra - DANESI, Cecilia, "Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?", LA LEY 03/02/2020, 1, AR/DOC/199/2020.

(86) ZAVALA de GONZÁLEZ, ob. cit., ps. 323 y ss.

Quizá, por su singular difusión a nivel mundial (87), Twitter sea el mecanismo tecnológico o electrónico (88) de mayor presencia en las redes sociales, y la vía más apta para la difusión incluso de *fake news* a nivel global. Esta red social de *microblogging* se ha erigido no solo como una fenomenal herramienta de interrelación entre las personas, sino en un medio de comunicación masivo, instantáneo y gratuito que involucra los contenidos más diversos, siendo un nuevo modo de abordar la comunicación y la cultura (89). En un extremo de la relación virtual está el *influencer* (figura política, artista, deportista, político, figura pública en general), que es el emisor, y del otro están los cientos, miles o millones (según el grado de adhesión a las manifestaciones de esa figura que genere en sus seguidores). La potencialidad lesiva de esta vía de contacto es inconmensurable (90) y de allí su empleo creciente a nivel geométrico.

Hay incluso —los avances o aperturas de camino de análisis son casi cotidianos— aspectos novedosos, como por ejemplo la responsabilidad por la alteración de la imagen (no por la de la imagen en sí, en los términos del art. 53 de nuestro Cód. Civ. y Com., sino por su distorsión electrónica, incluso hasta en casos en que en vez de empeorarla se la mejora, pero se la altera en relación con la imagen real), que se logra a través de programas o aplicaciones (incluso de uso frecuente en los teléfonos celulares) denominadas genéricamente "photoshop", que cuando no

(87) Es llamativo que sea el medio de comunicación hoy en día empleado por quienes literalmente dirigen el mundo.

(88) Se admite que fue creado o inventado en el año 2006 en los EE. UU. por J. Dorsey, N. Glass, B. Stone y E. Williams, dentro de la Compañía "Podcasts Odeo Inc.", San Francisco. Se lo considera el exponente más paradigmático de la denominada "cultura del *snack*"; o "cultura de lo breve", ya que, no permite generar más de 280 caracteres por mensaje (originariamente eran solo 140).

(89) VANINETTI, Hugo, "Twitter. Contenidos que generan daños. El rol de los *influencers*. El impacto del *twibel*, los *retuits* y el *escrache* o linchamiento virtual", LA LEY, 19/11/2019, AR/DOC/3460/2019.

(90) Se denomina *twibel* al *twit* que tiene por objeto afectar la reputación de una persona mediante una declaración falsa, con lo cual ese *twibel* no deja de ser más que una vía de emisión de *fake news*.

es empleado por la propia persona o sin su autorización pueden generar responsabilidad civil.

En los Estados Unidos se registra el reconocimiento relativamente reciente del denominado *right of publicity* (91), que a diferencia del *right of privacy* (nuestro derecho a la intimidad) habilita el reclamo de una persona cuando su nombre o su imagen fueron usados sin su consentimiento (incluso en “avatares”, videojuegos y otras reproducciones), todo ello con sustento en la Primera Enmienda de la Constitución Federal de ese país (92).

Asimismo, una problemática reciente relacionada con la cuestión es la difusión por medios electrónicos de las denominadas *fake news* (noticias falsas), cuyo empleo registra tal grado de expansión que se ha comprobado que se las utiliza incluso para determinar preferencia de votantes en elecciones, o descalificar candidatos en las mismas. De allí para abajo, el panorama es preocupante, y las notorias dificultades para detectarlas como tales requieren una especial atención del operador jurídico (93).

De igual manera, otra de las características de este especial fenómeno (los daños o la responsabilidad civil derivada del empleo de las tecnologías de la comunicación social), tienen como otra característica las dificultades que se presentan a la hora de intentar la función preventiva del daño (aquella de la cual nos hablan los arts. 1711 a 1713, Cód. Civ. y Com.). Creemos que, más allá de la existencia de recomendaciones al respecto emanadas tanto de Naciones Unidas como de la Unión Europea (94), es lo cierto que al menos a nivel local —y regional—

(91) *Vid.* al respecto BELLO KNOLL, Susy, “La dimensión comercial de la imagen personal y el impacto de las nuevas tecnologías”, en *Las nuevas tecnologías...*, ob. cit., p. 29.

(92) De algún modo, este guarda cierta analogía con el derecho a la imagen normado en nuestro art. 53, Cód. Civ. y Com., aunque probablemente allí aparezca más vinculado a empleos o reproducciones no “directos” de la imagen o la voz, sino a caracterizaciones de la persona.

(93) MELO, Verónico, “La inmunidad de los proveedores de servicios de internet (ISP) ante el fenómeno de las *fake news*”, RCyS, enero de 2020, ps. 3 y ss.

(94) Ver WIERZBA – DANESI, ob. cit., ps. 2-4.

las únicas respuestas obtenidas no se dirigen a la prevención, sino a la reparación, y tienen rango jurisprudencial y no legal, lo cual las torna episódicas y no sistémicas, existiendo allí la necesidad de que el operador jurídico diseñe mecanismos (legales o autorregulatorios) que trabajen *ex ante* y no *ex post*.

Hay también hipótesis singulares dentro del vasto campo de la eventualidad de la causación de daños a las personas con intervención de elementos informáticos, como lo constituye la denominada “medicina digital” o “telemedicina” (95). Ello implica la perspectiva —ya existente, particularmente dentro del ámbito de las prestaciones comprometidas a través de entidades de medicina prepa y servicios de asistencia médica al viajero— que consiste en un sistema de teleconsultas entre el paciente y el médico o prestador del servicio de asistencia médica a través de un sistema de dispositivos digitales, y sin que medie la presencia personal entre uno y otro.

Esta suerte de reunión virtual reemplaza el aparentemente imprescindible contacto directo entre uno y otro, planteando su empleo —y hasta sobreutilización— serios interrogantes acerca de sus implicancias y riesgos en el nivel y calidad de la atención médica brindada al paciente (96) y abriendo un vasto campo de vulnerabilidades a nivel de responsabilidad médica que hasta hoy no aparecen contempladas por el legislador.

Como echa de verse en lo sucintamente aquí reseñado, el ámbito o marco de potencialidad

(95) TOBIÁS, José W., “El consentimiento informado y sus límites”, LA LEY, 16/12/2019, AR/DOC/3915/2019.

(96) Señala al respecto TOBIÁS (“El consentimiento...”, ob. cit., p. 4), y entre otras, las dificultades de la expedición del consentimiento informado, el empobrecimiento de la comunicación mutua y hasta las dificultades del lenguaje, los riesgos de comprensión equívoca de directivas médicas, las omisiones de diagnóstico por ausencia de historia clínica, las dificultades en la concreción de la auditoría del acto médico digital, las dificultades probatorias respecto de lo informado por el paciente y lo diagnosticado y recomendado por el médico, los riesgos de la vulneración del secreto profesional y con ello las vulnerabilidades en el resguardo de la intimidad del paciente, la identificación y acreditación del título en la especialidad del prestador del servicio, etc.

lesiva vinculado con el empleo de tecnología es inasible.

II.8. Incidencia probatoria procesal

Si bien quizá esta sea una de las facetas más acotadas dentro del elenco imaginable de proyecciones de la tecnología en el derecho, se justifica su mención por su especificidad.

No aludimos aquí a las proyecciones digitales sobre la instrumentación procedimental —la existencia del expediente digital, y la consecuente despapelización, ya está regulada a nivel federal y en gran cantidad de jurisdicciones provinciales, con las ventajas de la seguridad, economía de costos y espacios, racionalización de archivos y resguardo ante añejas y deplorables prácticas que todos quienes nos criamos con el sistema escritural conocemos, como el hurto del expediente, o de determinadas fojas—. Y todo ello sin computar la comodidad para los profesionales litigantes que pueden conocer no solo el estado de sus causas sin tener que esperar largas colas en las mesas de entradas de los juzgados, sino también acceder a las providencias o resoluciones dictadas en ellas a través de la mera consulta en un ordenador en su estudio jurídico.

Tampoco mencionamos lo que puede configurar algún tipo de prueba documental de soporte electrónico, lo cual también es de recibo en los tiempos que discurren (*mails*, *msm*, páginas de Facebook, etc., de empleo razonablemente frecuente sobre todo en procesos de familia).

Puntualmente, aludimos a la perspectiva —hasta aquí, novedosa— de incorporar, admitir y valorar “capturas de pantalla” dentro de esos procesos de familia (97).

Ya en algún precedente jurisprudencial reciente (98), en el cual, revocando lo resuelto en primera instancia, la alzada admitiera como

(97) BIELLI, Gastón, “Prueba electrónica. Incorporación, admisión y valoración de capturas de pantalla en el proceso de familia”, LA LEY, 30/09/2019, AR/DOC/3148/2019.

(98) C. 2a. Civ. y Com. La Plata, 09/09/2019, “M. E. B. c. W. M. B. s/ plan de parentalidad (queja)”, expte. 12.573-2.

prueba dentro de un reclamo relacionado al incumplimiento del régimen de contacto paterno-filial de la copia de pantalla de mensajes intercambiados por las partes, en carácter de prueba documental.

Se denomina así “pantallazos”, consistente en impresos aportados por la parte interesada de imágenes digitales —eventualmente, fotografiadas— de lo que es visible en un monitor de computadora, televisión u otro dispositivo de salida visual. El tema se relaciona (y, de algún modo, se legitima legalmente) a través de lo normado por el art. 286 —ya citado *supra*— del Cód. Civ. y Com., que admite el empleo de cualquier soporte en la manifestación de voluntad, siempre que su contenido pueda ser representado con texto inteligible “aunque su lectura exija medios técnicos”.

Más allá de este puntual aspecto probatorio, es un dato de la realidad que el avance de la prueba electrónica requiere de los litigantes —y de los jueces— adecuaciones a conocimientos vinculados a la materia que muchos de ellos no tienen, lo que genera muchas veces preconceptos, o errores involuntarios, o aspectos múltiples que hacen entre otros al ofrecimiento de esa prueba electrónica, su custodia, la licitud o ilicitud de su obtención, la importancia de los indicios dentro de su contexto y muchas otras variables que alguna doctrina analiza acabadamente (99).

II.9. Las fintech o el ingreso tecnológico a los mercados financieros

Se suele denominar “industria *fintech*” a gran variedad de operaciones financieras (con intervención de entidades financieras públicas o privadas), lo que genéricamente pasa a referirse como “Industria 4.0”, y que entre otras operaciones dinerarias y aludidas *supra* en esta misma labor (100) involucran otras (101), en las cuales el denominador común es generación, prés-

(99) BIELLI, Gastón - ORDÓÑEZ, Carlos, “El juez y la prueba electrónica”, LA LEY 19/12/2019, AR/DOC/3492/2019.

(100) *Big data*, criptomonedas, *blockchain*, *insurtech*.

(101) *Crowdfunding*, *crowdlending*, *trading*, *forex* de criptomonedas, préstamos online, préstamos P2P, etc.

tamos, transferencia, registraci3n y toda una constelaci3n de operaciones de rango financiero, tanto entre entidades de ese rango entre s3 como entre ellas y personas humanas o jur3dicas privadas o p3blicas, que se materializan a trav3s de medios electr3nicos de acreditaci3n.

Mirando —a mero vuelo de p3jaro— su din3mica, puede afirmarse que las empresas de financiaci3n *fintech* pueden regularse de dos maneras: incluy3ndolas en marcos regulatorios ya vigentes o preexistentes o dise1nando nuevos marcos regulatorios para ellas (102).

En general, en derecho comparado se aprecia que las plataformas que originan pr3stamos deben solicitar una autorizaci3n espec3fica a la autoridad de control, con requisitos que se tornan m3s espec3ficos cuando el cr3dito va direccionado a consumidores, por lo cual muchas plataformas se asocian a bancos o entidades financiera para originar los pr3stamos contratados mediante internet (EE. UU., Alemania, Australia, B3lgica y Holanda).

En Latinoam3rica quiz3 el pa3s m3s avanzado en la materia de las *fintech* sea M3xico, que cuenta con la Ley Regulatoria de las Instituciones de Tecnolog3a Financiera, las que son incorporadas al universo de las entidades financieras en general (con sus especificidades y controles m3s estrictos). Se toman recaudos para tratar de evitar su quiebra o insolvencia, y se determina que esas empresas cuyas operaciones impliquen recibir fondos de usuarios y convertirlos en fondos electr3nicos pueden recolectar los mismos en moneda de curso legal local o extranjera, y tambi3n en criptomonedas o activos virtuales, debiendo obtener para ello una licencia espec3fica.

Hay algunas normas al respecto en Ecuador, Uruguay, Chile y Brasil, lo que pareciera determinar que “en Latinoam3rica, el fen3meno *fintech* crece m3s r3pido que la legislaci3n” (103).

(102) BRANCIFORTE, Fernando O., “An3lisis de las comunicaciones A 6859 y A 6885 del BCRA. Su implicancia para las empresas *fintech*, usuarios y consumidores de servicios”, LA LEY 19/02/2020, AR/DOC/197/2020.

(103) *Ibid.*, p. 2.

En la Argentina, si bien no existe todav3a una regulaci3n espec3fica sobre la materia (104), hay autoridades regulatorias nacionales que concentran todas las facultades del Banco Central de la Rep3blica Argentina. Las plataformas de *crowdfunding* est3n reguladas por la ley 27.349 de Apoyo al Capital Emprendedor y su dec. regl. 711/2017 (105).

Como conclusi3n, parece necesario que, ya sea a trav3s de disposiciones espec3ficas del Banco Central o bien directamente por una ley, se regule la operatoria de las *fintech*, diferenci3ndola de las operaciones tradicionales de cr3dito de las entidades financieras tradicionales, lo que refuerza la situaci3n de vulnerabilidad en que pueden encontrarse los consumidores y usuarios.

II.10. La propiedad intelectual

La innovaci3n tecnol3gica como fen3meno mundial operado en las 3ltimas d3cadas ha transformado radicalmente los modos de creaci3n y registraci3n tradicionales en materia de propiedad intelectual, que hacen que los formatos f3sicos de las obras o derechos de autor se vean modificados copernicanamente (106).

La aparici3n de los “nombres de dominio” y su registraci3n en los sistemas privados que operan en forma aut3noma en la web han generado una necesaria innovaci3n en el sistema tradicional de asignaci3n y registraci3n de la propiedad intelectual.

El dominio es un instrumento que fue desarroll3ndose con un prop3sito de identificaci3n t3cnica, y luego fueron adicion3ndose otras funciones vinculadas al plano comercial y registral (107). En tal sentido, cada computadora tiene un “domicilio num3rico” compuesto por n3meros —luego reemplazados por letras—

(104) ESTOUP, Luis, “C3mo regular las *fintech* en Latinoam3rica”, LA LEY, 04/12/2019, AR/DOC/3526/2019.

(105) Hay un correlato en el tema con la ley 25.326 de Protecci3n de Datos Personales y su reglamentaci3n, singularmente en cuanto hace a los requisitos necesarios para la conformaci3n de una base de datos privada.

(106) ONAINDIA, Jos3 M., “Propiedad intelectual y nuevas tecnolog3as”, RDD 2013-2-297.

(107) LORENZETTI, ob. cit., p. 127.

que permiten identificarla en su conexión con otra terminal, y se ha dado una característica que simboliza que se está operando dentro de la red (“www”), además de otra para identificar el tipo de organización, otra para designar el país (v.gr., “ar”), y otra para la actividad, sin perjuicio de la eventual existencia de subdominios que informan sobre ciertas actividades específicas.

Esos nombres de dominio —que equivalen al derecho de propiedad sobre ellos, siendo así embargables y ejecutables— se diferencian del sistema de marcas (que se rige por un principio de territorialidad, vale decir, que rigen dentro del ámbito geográfico en el cual fuera generada), ya que, aquellos se singularizan por su rango global y universal.

Sus funciones esenciales (108) son las de “conectividad” (en tanto vinculan una computadora con otra, identificándolas), “registro” (es cierto que existen dominios no registrados, pero la tendencia y lo necesario es que todos lo estén), “capacidad distintiva y marcaria” (tienen equivalencia operativa con el nombre comercial, la marca u otros signos distintivos de su singularidad) y “publicitaria” (en tanto publicita al titular del dominio, como sucede con el agregado “punto com”).

Cabe decir que hasta el momento no se ha realizado en nuestro país ni en la región, un análisis exhaustivo de las leyes protectorias del derecho de autor frente a las complejidades que ofrecen la nueva tecnología, “y la regulación continúa bajo paradigmas que no abordan estas nuevas situaciones ni la debida armonización de derechos” (109).

Hay numerosos —y frecuentes— conflictos que se relacionan con el tema, los que generalmente han debido ser afrontados por la jurisprudencia, tales como entre otros la usurpación de marcas (*cybersquatting*), los problemas de identidad marcaria, la confusión de marcas, el conflicto entre dominios globales y locales, etcétera.

Todo ello, como lo hemos mencionado, amerita una regulación integral (conceptual y geo-

gráficamente) hasta ahora ausente, que aviente esos problemas y confiera, cuando se presenten, pautas uniformes de resolución,

II.11. Internet y el contrato de seguro

Atendiendo a que al analizar la implicancia de las nuevas tecnologías con el fenómeno contractual (ver *infra*) tratamos de hacerlo desde una mirada general y no vinculada con determinados contratos típicos, agregamos una muy escueta alusión a la temática del contrato de seguro ante el fenómeno tecnológico que nos ocupa.

Como es lógico suponerlo, la aparición de nuevos daños derivados de la tecnología trae como una de sus consecuencias lógicas la aparición de nuevas previsiones asegurativas (para la cobertura de aquellos).

En ese orden, se menciona (110) que ya existen pólizas que cubren la responsabilidad civil frente a terceros por los daños causados a través de internet, intranet, *e-mails* y *websites*, incluyéndose también en algunas pólizas los daños producidos como consecuencia de la violación de la propiedad intelectual, la transmisión de virus, la invasión de la privacidad, la difamación y el mal uso de la información.

Como daños propios, se asegura, por ejemplo, la destrucción de la *web-page* como consecuencia de la intrusión de un *hacker* o de un *cracker*, e incluso en algunas pólizas se incluye el costo de la información de que la página está en reparación, mientras lo esté.

Hay también exclusiones específicas de cobertura por los daños causados en la *web*, tales como las relacionadas a pornografía, la evasión de impuestos, la violación de la Ley de Monopolios, la información derivada de reportes e informes financieros, extorsión, contaminación o polución, acoso sexual, *cyberbullying*, etcétera.

Según se aprecia, entonces, el campo jurídico del derecho del seguro no es tampoco ajeno a los requerimientos de la realidad tecnológica del mundo contemporáneo.

(108) *Ibid.*, p. 128.

(109) ONAINDIA, ob. cit., p. 298.

(110) SOBRINO, Waldo A., “Internet y alta tecnología en el derecho de daños”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2003, ps. 51 y ss.

II.12. ¿Patentabilidad de animales transgénicos?

Un tema no menor —dentro de la pléyade de perspectivas de incidencia tecnológica en el mundo del derecho— lo conforma la perspectiva de patentar animales genéticamente modificados, circunstancia que en el derecho comparado contemporáneo reconoce múltiples manifestaciones.

Parecen no existir ya debates en relación con la patentabilidad de elementos pertenecientes al mundo vegetal (particularmente, semillas transgénicas, de empleo casi global y generadoras de enormes ganancias para las empresas transnacionales “inventoras” —si es que se puede denominar “invento” a la obtención de cualidades específicas de esos elementos germinativos orgánicos—).

Pero sí los hay cuando esa pretensión de generación de una patente comercializable (en sí misma y en la producción que genera) se relaciona con animales objeto de similar laboreo de mutación genética.

La cuestión implicaría en sí misma un abordaje mucho más profundo que el apenas superficial que aquí le asignamos, pero reiteramos lo ya dicho en el sentido de que nuestro designio en esta modesta labor es más un muestreo de perspectivas que un estudio mínimamente sistémico de ellas.

En la República Argentina, la ley 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad no considera invenciones “a toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza, especificando como no patentables a las invenciones que puedan afectar el orden público, la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales, debiéndose preservar los vegetales y evitar daños graves al medio ambiente. Aplica similar criterio a la totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza y su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación

en condiciones normales y libres, según ocurre en la naturaleza” (111).

Va de suyo que, como se ha consignado con acierto (112), este tipo de normas, en su conjunto, no son apropiadas para un país como la Argentina que ya ha desarrollado algunos animales transgénicos —OGM u organismos genéticamente modificados—, que son productores de proteínas y hormonas, y que admitidamente tienen un enorme potencial científico en la materia. El animal genéticamente modificado no es “un ser vivo preexistente en la naturaleza”, precisamente porque esa modificación genética (que normalmente propone a generar beneficios para el hombre y no perjuicios a la naturaleza en sí misma) implica la incorporación del transgén.

Es por todos conocidos que el INTA, a través del laboratorio de Biotecnología Animal de la Facultad de Agronomía de la UBA —junto con una empresa privada— logró crear una vaca transgénica capaz de producir en la leche insulina y determinada hormona, así como que en diciembre del año 2004 (hace ya dieciséis años, lo cual implica un siglo en los tiempos de avances científicos en biología) nació en nuestro país el primer toro transgénico del mundo, con la capacidad de transmitir dicha hormona a su descendencia (113).

Aun a riesgo de intentar simplificar en pocas palabras un proceso muy complejo, podríamos decir que las técnicas de introducción de genes ajenos a organismos huéspedes a fin de deter-

(111) El art. 6° del Anexo II del dec. 260/1996, reglamentario de la ley 24.481, indica que no se considerará materia patentable a las plantas, los animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su reproducción.

(112) NÚÑEZ, Javier F., “Patentabilidad de animales transgénicos”, SJA 16/10/2019, p. 3, AR/DOC/1475/2019.

(113) No es ajena a lo que venimos relatando y resulta también de público conocimiento la clonación de determinados animales que por sus características singulares así lo justifican. La mejor yegua de polo de Adolfo Cambiasso, el mejor polista argentino contemporáneo, llamada “Cuartetera”, fue varias veces clonada, dándole así a su dueño, además de la perspectiva de venta a valores elevados de dichos animales, la permanencia “en el tiempo” de las potencialidades físicas que el lógico envejecimiento de la yegua primaria iba afectando.

minarles ciertos rasgos genéticos no propios por naturaleza de ese organismo receptor tuvieron su origen en las técnicas de empalme de genes a partir de experimentos realizados en bacterias, que generan “enzimas de restricción” capaces de reconocer y eliminar secuencias específicas del ADN. Ese gen se vincula con una molécula portadora capaz de insertarse, con el gen extraído o transgén en el ADN del organismo huésped, generando lo que se denomina “ADN recombinante”.

Señala Núñez (114) que los tipos de animales transgénicos patentados —a nivel comparado— o cuya patente se ha solicitado pueden diferenciarse en tres grupos, conforme a su finalidad.

Uno es el de los animales “agrícolas o de granja”, que busca la mejor y mayor producción (de carne, huevos, leche, etc.) o el aumento de peso en tiempos menores a los que se obtendrían dentro de su desarrollo natural, lo cual incide económicamente en los costes de su alimentación.

Otro sería el de los animales transgénicos “con fines médicos y farmacológicos”, que van más allá de la mera perspectiva del xenotransplante (es sabido que ciertos tejidos del cerdo, p. ej., tienen muy baja incidencia al rechazo inmunológico en personas).

El tercero sería el de los animales transgénicos “utilizados como modelos de laboratorio”, dentro de los cuales si bien la representación paradigmática es la del cobayo, no se agotan solo en él.

Es cierto que la patentabilidad de animales genéticamente modificados (al igual que lo que sucede con plantas o semillas con similar tratamiento) genera grandes críticas a nivel mundial, en tanto se las considera una alteración humana dentro del desarrollo de especies —vegetales o animales— que pueden tener incidencias negativas hasta impredecibles dentro del equilibrio propio de la naturaleza.

Pero hay que reconocer que, en lo hasta aquí recorrido, los resultados conocidos evidencian que la ciencia permite colaborar con esa natu-

raleza en la potenciación de los frutos y productos que esos OGM ofrecen para el consumo, el servicio o la salud del ser humano.

Desde ya, la necesidad de regular dentro de esas pautas lo inherente a su patentabilidad luce casi como un imperativo para el futuro inmediato.

III. La tecnología frente a la persona humana

De alguna manera, intentar —aun superficialmente— analizar el vasto campo de incidencia que la tecnología adquiere frente a la persona humana nos parece que abre al menos dos campos de valoración, con relación a cada uno de los cuales haremos someras consideraciones atendiendo al objeto de esta labor.

a) Así, por una parte, y en lo que tiene que ver la tecnología con las facetas “sociales” (o, al menos, no biológicas) de las personas, es indudable que ella asume un rol decisivo en el cambio del escenario dentro del cual se deben resolver los conflictos que afectan los derechos personísimos, en particular los relacionados con la integridad espiritual.

Dice con razón Lorenzetti que “Internet debilita los límites del hogar como espacio privado. La radio, el correo, la televisión invadieron el hogar, pero Internet es un estadio superior, dado que un individuo o una familia pueden trabajar, comprar e incluso votar sin salir de su casa. De ese modo, los usuarios aparecen conectados desde la intimidad, lo que permite que los oferentes lleguen con sus ofertas directamente a la casa del consumidor. La noción de domicilio está muy relacionada con la de la privacidad. Alrededor de estos conceptos el Derecho construyó barreras de todo tipo, p. ej., hay un régimen especial para las ventas a domicilio, una limitación para las propagandas, etc. Todo este sistema garantista puede verse seriamente afectado con este fenómeno (Internet)” (115).

A su vez, ya en una mirada activa y no pasiva de la persona frente al fenómeno tecnológico en su faz comunicacional, en doctrina se ha desarrollado la idea de un “derecho a la auto-

(114) NÚÑEZ, ob. cit., ps. 3 y 4.

(115) LORENZETTI, ob. cit., p. 25.

determinación informativa” (116), que incluye la facultad del individuo de disponer y revelar datos referentes a su vida privada y su derecho a acceder a todas las fases de elaboración y uso de tales datos, o sea su acumulación o almacenamiento, su transmisión, su modificación y su cancelación (117).

Estos conflictos entre esos derechos personalísimos esenciales al ser humano y las múltiples perspectivas de afectación que el mundo tecnológico de hoy ofrece como canales operativos (Facebook, Instagram, Twitter, correos electrónicos y tantos más) ha multiplicado exponencialmente la judicialización de los mismos, generando *hard cases* —en la calificación de Robert Alexy— por cuanto colisionan dos derechos con tutela normativa preferida, cuales son el derecho a la libre expresión y los derechos a la integridad espiritual (118) y, entonces, suele ser operativo el *balancing test* que busque la menor restricción posible en el ámbito de actuación de cada uno.

En un muy reciente pronunciamiento afín al tema de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (119), dentro del voto del Dr. Horacio Rosatti —que integrara la mayoría que ratificara el reclamo indemnizatorio del actor—, se lee un párrafo que quizá sintetice con absoluta claridad dicha realidad, “en la sociedad contemporánea el carácter masivo de los medios de comunicación potencia la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple en una sociedad democrática, pero también incre-

menta en mayor medida la aptitud para causar daños, especialmente al derecho al honor y a la intimidad, incluso de terceros. Dicha conclusión adquiere una particular relevancia en una época en la que el avance tecnológico e informático permite la proliferación y propalación de juicios de naturaleza de los examinados, con la consiguiente posibilidad de lesionar —de manera exponencial— derechos constitucionales inherentes a la persona humana como son el honor y la reputación personal”.

b) Ahora bien, más allá de esta faceta tan relevante de incidencia de la tecnología —esencialmente comunicacional— en derechos individuales relevantes de las personas humanas, hay quizás otro ámbito, relacionado ya con los avances científicos en materia de biotecnología, que ponen al jurista ante el singularmente difícil desafío de diseñar canales de regulación, mayoritariamente ausentes, que los encaucen y contengan (120).

“La biotecnología como protagonista de la nueva revolución industrial, no basa su desarrollo en el hierro o en el acero sino en bacterias y levaduras, en depósitos de microbios conectados a su fuente de alimentación y oxígeno mediante intrincadas válvulas, que se dirigen por medio de un ordenador a su vez programado por inteligencia artificial” (121).

En junio del año 2002, en el marco del evento denominado “Convergencia de tecnologías para mejorar la performance humana”

(116) Algunas calificadas voces, como la de José W. TOBIÁS, aluden dentro del elenco de derechos personalísimos a la integridad espiritual al “derecho al dato personal”, independientemente de la incidencia que su afectación pueda producir en otros derechos personalísimos, como el honor, la intimidad o la imagen.

(117) Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 52. Tales facultades aparecen expresamente mencionadas dentro de aquellas con las que cuentan las personas frente a los bancos de datos dentro del contexto de la Ley de Protección de Datos Personales.

(118) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho al honor, libertad de expresión y ponderación”, LA LEY del 26/02/2020, AR/DOC/3763/2020.

(119) 17/10/2019, “De Sanctis, Guillermo H. c. López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”, LA LEY del 20/02/2020, AR/JUR/32619/2019.

(120) Por caso, hay varios artículos del Código Civil y Comercial de la Nación que se relacionan con el tema, tales como el 17 en tanto califica como bienes no patrimoniales al cuerpo humano y sus partes, o el 57 que prohíbe las prácticas destinadas a producir una alteración genética del embrión, o el 58 que regula restrictivamente las investigaciones médicas en seres humanos, entre otros. Como lo consignara años atrás Atilio A. ALTERINI (“Perspectivas éticas y jurídicas de las tecnologías convergentes”, LA LEY 2007-F-891) el perfil de los asombrosos avances tecnológicos que cronológicamente podría ubicarse hacia el fin de la segunda guerra mundial —mitad del siglo XX— y que se ha potenciado con la globalización, requiere un sustento ético que viene detrás de lo puramente científico.

(121) MESSINA de ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, “Responsabilidad derivada de la biotecnología”, en *La responsabilidad, homenaje al Profesor Isidoro Goldenberg*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 189.

(Virginia, EE. UU.) propuso como síntesis del fenómeno el concepto científico designado como “NBIC” (Nano-Bio-Info-Cogno).

Abarca con ello las nanociencias y la nanotecnología, la biotecnología y la biomedicina (incluyendo la ingeniería genética), la tecnología de la información y las ciencias del conocimiento (neurociencias), siendo lo deseable “una combinación sinérgica de las cuatro áreas” y la búsqueda interdisciplinaria de lo ético, lo legal y lo moral. Como dijera el recientemente fallecido físico y filósofo Mario Bunge, los políticos, los juristas y los empresarios son los responsables de que la ciencia y la tecnología se usen en beneficio de la humanidad.

En relación específicamente con la biotecnología, en opinión de Messina (122) los principales que ella plantea al jurista son: a) la alteración científica del componente genético humano (123); b) La clonación humana (124); c) las técnicas de reproducción hu-

(122) *Ibid.*, p. 197.

(123) TOBIÁS, José W., “Responsabilidad civil derivada de la experimentación en seres humanos”, en *La responsabilidad...*, ob. cit., ps. 155 y ss., consigna que la investigación biomédica podría caracterizarse como una hipótesis de experimentación o investigación en seres humanos —o con seres humanos— que implica la participación de personas destinadas a obtener conocimientos sobre procesos biológicos y psicológicos en seres humanos o las relaciones que median entre las causas de la enfermedad, la práctica médica y la estructuración social, o sobre el control de problemas en salud pública —incluyendo aquellos derivados del medio ambiente sobre las personas— o sobre métodos y técnicas aplicadas en la atención de la salud de las personas, en la prevención de la enfermedad. Hemos mencionado *supra* que a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, particularmente hay dos artículos con incidencia directa en el tema (el 57, que prohíbe absolutamente toda práctica biomédica destinada a producir una alteración en el embrión humano que se transmita a su descendencia —lo cual dejaría entendemos abierta la perspectiva de prácticas embrionarias tendientes a la mejora o cura de enfermedades congénitas que afectan a la persona misma en su estadio embrionario—, y el 58, que en diez incisos detalla de manera específica los casos excepcionales, y las modalidades de ellos, en los cuales se puede autorizar la investigación o experimentación en seres humanos —se entiende, ya nacidos—).

(124) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (“Derecho genético”, Ed. Grijley, Lima, 2001, 4ª ed., ps. 277 y ss.), partiendo de la noción basililar de “identidad genética”;

mana asistida (125); y d) la responsabilidad paterna por la transmisión de enfermedades hereditarias (126).

Se menciona (127) que en la primera década de este siglo se creó en España el primer laboratorio mundial de órganos bioartificiales (se los vacía para volverlos matrices, se los llena con células madre del mismo paciente y se los implanta), y se dice no sin razón que “se avizora un porvenir donde los trasplantes irán decayendo por la aplicación temprana de terapias celulares regenerativas, especialmente renales, cardíacas y neurológicas” (128).

Es sabido que dentro del diseño del Código Civil y Comercial de la Nación en vigencia (129) hay previsiones vinculadas con la incidencia de

recuerda que la clonación (en este caso, humana) está vinculada con el proceso biológico de la gemelación (“el clon es un gemelo”), y etimológicamente se deriva de la palabra inglesa *clone*, entendida como una colección de organismos todos iguales obtenidos por reproducción asexual de un reciente antepasado común engendrado sexualmente. El mencionado autor peruano, a partir de la asimilación conceptual de la clonación con la gemelación, diferencia la “clonación natural”, que es la producida naturalmente cuando la célula gestante, dentro del proceso de fisión, se divide, proporcionando a una nueva célula los elementos metabólicos y fisiológicos necesarios para permitir su individualidad, y la “clonación artificial”, que es la resultante de la actividad del hombre a través de la manipulación del material genético humano.

(125) Nos hemos ocupado más *in extenso* sobre estos temas —en particular, clonación y técnicas de reproducción humana asistida, consignando los debates precedentes y subsiguientes a la sanción del Cód. Civ. y Com., en especial en materia de comienzo de la vida humana, fecundación *post mortem* y maternidad subrogada—, con lo cual nos permitimos remitirnos a lo ya dicho (v. SAUX, Edgardo I., ob. cit., ps. 39 y ss.).

(126) Al igual que en el caso vinculado a la cita precedente, sin perjuicio del material bibliográfico existente sobre el tema, nos remitimos a lo por nosotros mismos expuesto en otra publicación previa (v. SAUX, Edgardo I., “Responsabilidad por transmisión de enfermedades”, en *La responsabilidad...*, ob. cit., ps. 629 y ss.).

(127) BERGEL, Salvador M., “La biotecnología y su vinculación con el derecho a la salud”, LA LEY del 16/12/2010.

(128) BRAVO, Román - CHILLIK, Claudio, RDF 2010-1.

(129) En su Anteproyecto se preveían técnicas reproductivas que después no fueron incorporadas al

la tecnología, particularmente en materia filiatoria, tales como admitir como fuentes de la filiación la naturaleza, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida **(130)**. Asimismo, dentro de esas técnicas de reproducción humana asistida, se estatuye que lo relevante a los efectos de generar el vínculo paterno-filial es la denominada “voluntad procreacional”, prestada mediante un mecanismo de consentimiento informado documentado **(131)**.

Se dispone que cuando se emplee material genético de terceros, solo se produce como vínculo jurídico el impedimento matrimonial, se prevé que el hijo gestado con material biológico de un donante puede requerir información genética sobre ese donante, se consagra la presunción de filiación paterna por negativa a la prueba de ADN, etcétera.

Hay también, como lo mencionáramos *supra*, una relevante inserción de la tecnología en lo relevante al cuerpo humano en sí mismo, el cual, como lo declara el art. 17 del Cód. Civ. y Com. es un “bien no patrimonial” **(132)**, que tiene valor “afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social”, pero jamás comercial **(133)**.

Ya hace casi un decenio, en un trabajo jurídico realmente elogiado como lo es toda la producción del autor **(134)**, se analizaban las numerosas perplejidades que al operador jurídico la ofrecía el avance de la medicina en relación con el cuerpo humano en sí.

texto hecho ley, como la maternidad subrogada y la fecundación *post mortem*.

(130) En la Argentina, la ley 26.862 y su dec. regl. 956/2013 regulan “el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”.

(131) Como dicen los Fundamentos del Cód. Civ. y Com., “el dato genético no es elemento fundante de la filiación en las TRHA, sino la voluntad procreacional”.

(132) Categoría novedosa y relevante incluso en derecho comparado y que abre perspectivas de generación de consecuencias jurídicas más que importantes.

(133) Ya la Ley de Trasplantes de Órganos sienta como uno de los principios basilares del instituto la prohibición de la venta de órganos o tejidos humanos.

(134) Ver DE LORENZO, Miguel F., “Personas que son cosas, y cosas que son personas”, LA LEY, 2010-B, 807.

Tradicionalmente, para el Derecho el hombre es “voluntad” (matrimonio, contrato, testamento), y nada se decía sobre el cuerpo humano como soporte vital del portador de esa voluntad (salvo, quizá, las regulaciones inherentes a la responsabilidad civil por los daños patrimoniales y/o morales causados a través de lesiones físicas).

Ese cuerpo humano aparece como objeto de preocupaciones para el jurista cuando irrumpe la biotecnología. Ella hace que el cuerpo humano pueda ser no solo reproducido (clonación) o modificado (por manipulaciones genéticas), sino “distribuido en el espacio y el tiempo”. Hay allí un fenómeno de “reificación del hombre” **(135)** donde aparecen en el escenario ante el operador jurídico los óvulos fecundados *in vitro* **(136)**, las células progenitoras hematopoyéticas, las células madre crioconservadas, la sangre, los órganos ablacionados y todavía no implantados, los cuales generaban, en la mirada del Derecho tradicional, un inevitable debate sobre su naturaleza jurídica: ¿son personas o cosas?

Hay “cosas de origen humano” (como la sangre, o un órgano o tejido para donación), y “cosas con finalidad humana” (una prótesis, un hueso metálico, un implante mamario no colocado). ¿Se puede decir que hay “cosas humanas riesgosas?” (v.gr., la sangre infectada con virus HIV).

Marcapasos, huesos metálicos, prótesis, siliconas, cinturones gástricos, ¿son “cosas” al ser implantadas en un cuerpo humano, o pasan a formar parte de la humanidad del receptor?

(135) *Ibid.*

(136) Cabe memorar al respecto los importantes debates que se generaron a partir del texto del art. 19 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, que disponía que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida, la persona recién comenzaba a existir cuando ese óvulo fecundado era implantado en el útero gestante, lo cual dejaba fuera de la categoría de personas —para el Derecho— a los óvulos supernumerarios, no implantados sino crioconservados, los cuales, por ende, podrían ser descartados. El texto final del Cód. Civ. y Com. en relación con dicha norma suprimió esa referencia, aludiendo a que el comienzo de la persona humana comienza con la concepción, sin mayores abundamientos.

Como se lo planteara en su momento calificada doctrina (Orgaz, Cifuentes), ¿esas “cosas” serían embargables? ¿O serían cosas muebles por accesión o por destino? (137). ¿O deberían ser consideradas cosas inembargables por ser de uso indispensable para el deudor? Es lo que Salvador María Bergel llamara la “deconstrucción y reconstrucción del cuerpo humano”.

Más allá de que como dijéramos el novedoso texto del art. 17 del Cód. Civ. y Com. ayuda a despejar gran parte de estos interrogantes, claramente nos parece que como la norma lo dispone, tanto el cuerpo humano en su integridad como las partes del mismo —entre las cuales entendemos que deben computarse las que han sido incorporadas quirúrgicamente con intención de perpetuidad en su vida— son “bienes no patrimoniales”, y con ello pueden ser objeto de vínculos jurídicos pero no de rango patrimonial, como lo sería la donación en vida o *post mortem* (138).

La jurisprudencia, como es de suponer, no es ni ha sido ajena a tales debates. Nos permitimos citar un caso reciente (139), conforme al cual una persona (de sexo femenino) que había sido en el año 2010 sometida a una intervención de la extracción del útero —histerectomía—, solicitó a su prestadora de salud la cobertura del costo de crioconservación de embriones fecundados —con semen de su marido—, a los fines de una eventual implantación futura, ya que dicha cirugía le había condicionado una baja reserva ovárica. El rechazo de dicha pretensión por parte de la demandada se sostuvo argumentando que la

(137) Categoría esta última suprimida en el Cód. Civ. y Com., pero existente en el Código de Vélez cuando dichos debates se plantearan.

(138) Aunque parece una verdad de Perogrullo, debe entenderse que, p. ej. una prótesis, un marcapasos o un implante mamario son “cosas” en sentido patrimonial mientras no han sido colocadas en el cuerpo humano —de hecho, hay que pagar por ellas para adquirirlas—, pero una vez acaecida esa incorporación biológica adquieren en rango de bienes extrapatrimoniales en los términos del ya citado art. 17, Cód. Civ. y Com.

(139) CCiv. y Com. Salta, sala III, 06/11/2019, “T. C., E. M. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) s/ amparo”, con comentario de Ayelén ZUCCARINI, “La ciencia que avanza y la justicia que acompaña: el trasplante uterino y un fallo vanguardista”, LA LEY 10/02/2020, AR/DOC/3943/2019.

falta de útero haría que para engendrar con uno de esos óvulos crioconservados solo podría recurrirse a la maternidad subrogada y ella no está normada en el contexto del Cód. Civ. y Com., por lo que no debía atenderse el pedimento. La Alzada, creemos que, con buen tino y con fundamentos que merecen ser leídos, hizo lugar al amparo y ordenó atender los costos de la crioconservación, poniendo de resalto la relevancia de la voluntad procreacional y los límites entre la ilicitud y la ausencia de regulación normativa.

Como elemental conclusión de las breves consideraciones precedentes, podemos recordar las palabras de Romeo Casabona, quien aludiera a que el Derecho de la biotecnología se ha manifestado inicialmente como un *soft law*, pero a cambio la bioética y el resguardo internacional de los derechos humanos han ido creando un contexto internacional de tutela constitucional frente a los excesos.

Quizás, en palabras de Natalino Irti, “debido a su naturaleza, la técnica no incluye la capacidad de elegir un fin. Esta capacidad pertenece, siempre, al Derecho”.

IV. La tecnología frente al contrato

Otra de las instituciones basilares del derecho privado con relación a la cual nos permitimos formular algunas muy elementales consideraciones al contraponerlas con los desafíos que la tecnología le plantea, es el contrato.

Obviamente —como lo hicimos cuando pusimos la atención en lo relativo a la persona humana—, prescindimos por razones obvias de formular ningún tipo de consideración conceptual sobre el contrato en sí, sino que intentamos atender a la incidencia que la tecnología adquiere ante la ancestral figura.

Quizá, como ya lo señalara años atrás destacada doctrina (140), se debería principiar señalando una distinción basililar, cual es la de los “contratos informáticos” y lo que constituye la “contratación electrónica”.

Los denominados “contratos informáticos” son aquellos que tienen por objeto la pres-

(140) GUASTAVINO, ob. cit., p. 65.

tación de bienes y servicios vinculados con la información automatizada, y se tipifican no por el “modo” de celebración, sino su el “contenido” (141).

Ellos, genéricamente, tienen por objeto —por ejemplo— compraventa, alquiler, *leasing*, gestión de licencias, o prestaciones de servicios vinculados a programas o equipos y su mantenimiento, adecuación o actualización, asistencia técnica, o cualquier otro vínculo jurídico relacionado con el mundo tecnológico de la computación. Pueden referirse —a nivel de prestación— a bienes informáticos, comprensivos del *hardware*, o conjunto de dispositivos o elementos mecánicos, eléctricos, magnéticos o electrónicos del sistema, y del *software*, o conjunto de bienes inmateriales que constituyen el soporte lógico del sistema, incluyendo los programas de base y explicativos (142).

Al decir de Bolotnikoff (143), “son contratos realizados respecto de bienes y servicios informáticos, perfeccionados dentro de lo que podría llamarse ‘el mercado tradicional’, vale decir, el ‘mercado no virtual’ sino ‘real’, donde y como se celebran los contratos tradicionales”.

Son contratos normalmente bilaterales, onerosos, no formales y como se ha dicho, lo que los singulariza es su objeto (relacionado con el mundo de la computación) y no su forma (que puede perfectamente celebrarse en soporte papel, o en instrumento público o privado) (144).

(141) ALTMARK, Daniel, “Contratos informáticos. El contrato de mantenimiento”, LA LEY, 1986-B, 718.

(142) BRIZZIO, Claudia, “Contratación electrónica y contratos informáticos”, LA LEY 2000-A-933.

(143) BOLOTNIKOFF, Pablo, ob. cit., p. 5.

(144) Señala GUASTAVINO al respecto (ob. cit., p. 125) que dentro de sus caracteres se computan la desigualdad de conocimientos —técnicos— entre las partes, las diferencias de expectativas de las mismas (para quien contrata el equipo o el servicio electrónico hay preponderancia de un interés práctico de funcionamiento, lo que los anglosajones llaman “contracting for results”, mientras que para el proveedor del equipo o del servicio las miras están puestas en la adecuación en abstracto del programa o del equipo a determinadas características, o especificaciones técnicas, en lo que se denomina “contracting for resources”), así también como la escasa utilidad de remedios jurídicos tradicionales en la

La “contratación electrónica”, en cambio, atiende no ya esencialmente al contenido u objeto de la prestación —o prestaciones, siendo mutuas—, sino al modo o forma en el cual se lleva a cabo el acuerdo de voluntades, en el cual se prescinde de los medios tradicionales de rango documental-escritural tradicionales (ya sea instrumentos privados, vale decir, particulares firmados, o bien incluso instrumentos públicos), y la electrónica aparece en ese “cómo” y no en el “qué”.

Esta nueva modalidad contractual donde indudablemente la tecnología va de la mano con la masificación (145) genera para el operador jurídico (entre ellos, no solo el intérprete sino también el legislador) una serie de problemas o desafíos (146) que Lorenzetti (147) reseña con su habitual lucidez y concisión:

- *La imputación de la declaración de voluntad*, en el sentido de que la despersonalización del emisor y del receptor de la voluntad negocial torna dificultoso (dado que tanto una como la otra se transmite mediante algoritmos) la efectiva asignación de ambos, ya que puede suceder que el usuario de la computadora puede no ser el dueño de ella.

- *La distribución de los riesgos*, ya que la emisión de esa voluntad puede ser adulterada, cam-

contratación ante el incumplimiento (como la rescisión, anulación o resolución, o incluso hasta la prestación sustitutiva por otro proveedor).

(145) NICOLAU, Noemí L., “Tecnología y masificación en el derecho contractual”, LA LEY 1992-B, 767, así como SALERNO, Marcelo U., “Los contratos en el mercado virtual”, LA LEY del 22/09/1999.

(146) Uno no menor es el derecho aplicable. Como regla general (y a salvo disposiciones legales específicas, como las existentes particularmente dentro del microsistema del derecho del consumo y su finalidad tuitiva del consumidor), coincido con lo sostenido por alguna jurisprudencia (ver CNCiv., sala K, 05/10/2012, “Claps, Enrique y otro c. Mercado Libre SA”, JA 2013-I, fasc. 11, 13/03/2013), que expresara que “la operación de compra y venta de bienes y servicios que se realiza a través de un portal de internet constituye un contrato electrónico, al que se le aplicarán las mismas reglas generales que a todos los contratos, y si aquel —además— integra una relación de consumo, será regido por los principios contenidos tanto en la ley 24.240 como en la 26.361”.

(147) LORENZETTI, ob. cit., ps. 165 y ss.

biada o captada por un tercero, o enviada por un tercero o un desconocido **(148)**.

- *La formación del consentimiento*, ya que la contratación electrónica presenta singularidades en la formalización de la oferta, la aceptación y la adhesión por medios electrónicos.

- *El lugar y tiempo de celebración*, lo cual tiene sus complejidades que en ciertos casos son objeto de análisis por el derecho internacional privado. El “consentimiento electrónico” es instantáneo, por lo cual se aplican los principios de los contratos entre presentes, y en cuanto a la interpretación depende de la legislación aplicable al caso.

- *Los grados de utilización del medio digital*, toda vez que como lo consigna el autor bajo referencia existen múltiples alternativas de empleo de medios electrónico en el iter contractual (v.gr., si se compra por internet, pero el objeto de la compraventa se remite por correo, la digitalización es solo parcial, y lo mismo puede predicarse con relación al objeto o la forma del negocio jurídico en cuestión).

(148) Es interesante al respecto un fallo de la sala III de la CCont. Adm. Fed., comentado por Juan A. RIVA (“La contratación electrónica y el régimen protectorio del consumidor”, LA LEY del 01/10/2019, AR/DOC/3144/2019), conforme al cual se revoca una multa impuesta por la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor a “Mercado Libre SRL”, por cuanto habiendo el consumidor efectuado un pago en concepto de reserva de un producto adquirido mediante el sitio OLX, y luego, no concretada la compra y requerida la devolución de la seña conforme al programa “Compra Segura”, esta no se efectuó (se acreditó que dicha suma había ingresado al patrimonio del vendedor, y no del intermediario demandado). Al respecto, siendo que la Alzada comprobó que el programa conforme al cual se hiciera la operación no comprendía la garantía inherente al sistema de “Compra Segura”, no había legitimación pasiva respecto de “Mercado Libre SRL”, sino solo del vendedor. El comentarista del fallo expresa que en la contratación electrónica, estando el oferente en mejor situación que el adquirente (y con mayor razón aún en los contratos electrónicos de consumo), es aquel y no este quien debe asumir los riesgos de la contratación, debiendo aplicarse en el caso el principio procesal de aplicación de la carga dinámica de la prueba, y con ello la Alzada debió mantener la sanción impuesta en anterior instancia por cuanto el oferente (“Mercado Libre”) estaba en mejor situación negocial que el consumidor (el actor) como para asumir el riesgo del no reintegro de la seña.

En una mirada primaria, se ha dicho que el “comercio electrónico” (que implica en sí el contrato electrónico) se corporiza con “las interacciones realizadas a través de diversos medios electrónicos y principalmente por Internet” **(149)**.

En realidad, como lo consigna Leiva Fernández **(150)**, más allá de que quizá la mayoría de la contratación electrónica sea la que involucra internet, hay también comercio electrónico en las operatorias con los cajeros automáticos, o las operaciones que se celebran de manera no presencial, así como también las formas mixtas, que incluyen, por ejemplo, el correo electrónico, el chat o alguna otra modalidad similar, y en otra etapa hay una secuencia presencial que suele estar vinculada con la entrega de los bienes objeto de la negociación **(151)**.

El Código Civil y Comercial de la Nación dentro de la regulación de las modalidades especiales de contratación en el régimen de los contratos de consumo **(152)**, particularmente en los arts. 1106 a 1108 alude a los contratos celebrados por medios electrónicos, disponiendo que siempre que el mismo Código imponga que la celebración del contrato consumeril deba

(149) ALTMARK, Daniel - MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Tratado de Derecho Informático”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, t. II, p. 189.

(150) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “Tratado de los contratos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 518.

(151) Dentro de lo que atañe al ámbito de la tecnología y su inserción en el derecho del consumo, es interesante la referencia a los “prosumidores” (ver BARRY, Luis D., “Desafíos que trae el prosumidor al derecho del consumo y en particular a la generación eléctrica”, LA LEY del 25/11/2019, AR/DOC/3614/2019). Ellos, como los denominara Alvin Toffler en su obra “La tercera ola”, son aquellos consumidores de un bien o servicio que a la vez son también productores del mismo bien o servicio (lo que ocurre actualmente con quienes, p. ej., a través de pantallas solares generan energía eléctrica que excede su consumo personal y que “venden” a la empresa prestadora de esa energía el saldo o remanente de lo no consumido. No nos adentramos en las interesantes consideraciones sobre el tema por razones de brevedad.

(152) Régimen jurídico que como es sabido, y como lo explicitan los Fundamentos del Cód. Civ. y Com., no es excluyente sino integrativo con el específico de la ley 24.240 de Defensa de Consumidores y Usuarios con sus modificaciones.

instrumentarse por escrito, tal exigencia queda salvada si el mismo “tiene un soporte electrónico o similar”, agregando que en la contratación electrónica los deberes de información del proveedor al consumidor son aún mayores, ya que, involucran la información vinculadas a las facetas, riesgos y modalidades de la contratación informática, estableciéndose el plazo de vigencia de la oferta en esta modalidad de contratación, así como que el lugar de cumplimiento (a los fines de determinar la jurisdicción donde debe tramitar el proceso judicial en caso de controversia), es aquel donde el consumidor recibe o debió recibir la prestación, debiéndose tener por no escrita cualquier cláusula de prórroga de dicha competencia.

En cuanto a la perspectiva de celebrar cualquier contrato a través de la contratación electrónica, es interesante resaltar el art. 11.1 de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16/12/1996 mediante la res. 51/162, que dispone que “En la formación de un contrato, de no convenir las partes otra cosa, la oferta y su aceptación podrán ser expresadas por medio de un mensaje de datos”, y por ello, no se negará validez o fuerza obligatoria a un contrato por la sola razón de haberse utilizado en su formación un mensaje de datos. No obstante, ello es solo una regla general *de lege ferenda*, existiendo legalmente la perspectiva de que los ordenamientos normativos locales dispongan que determinados contratos no puedan ser formalizados por vía electrónica (153).

Dentro del amplio margen de la responsabilidad civil que genera la contratación electrónica, Galdós (154), citando a su vez al autor español Cabanillas Mugica, consigna que los conflictos que pueden suscitarse por aplicación de la responsabilidad civil en internet pueden clasificarse en tres categorías: a) las prácticas comerciales (utilización ilícita de marcas o nombre

comerciales ajenos, publicidad engañosa, competencia desleal, etc.); b) propiedad intelectual (que involucra tanto los derechos de autor de obras protegidas como la actuación dañosa que afecta a las mismas páginas web, que pueden ser copiadas y difundidas sin autorización); y c) la afectación de los derechos de la personalidad (intimidad, honor, imagen).

En similar mirada, Lorenzetti (155) propone la siguiente clasificación: a) injurias y calumnias hacia los usuarios individuales o colectivos provocados por el contenido informático; b) los daños causados a los consumidores; c) los daños a los derechos de propiedad en el contexto de una competencia desleal; d) las violaciones a la privacidad del usuario; y e) la responsabilidad delictual, que es tratada en el derecho penal.

Las modalidades electrónicas de medios de pago (MEP) (y, con ello, de extinción de obligaciones generalmente nacidas de un contrato, lo cual de alguna manera los deja afuera del concepto específico de contratación electrónica, pero integra a la electrónica en un segmento de la contratación, como es el del momento de asumir el pago de la obligación respectiva), tienden a expandirse cada vez más en la vida cotidiana, y las “tarjetas inteligentes” (*smart cards*), los “monederos electrónicos” (*e-wallet*) o el pago efectuado a través de teléfonos móviles, cheques electrónicos (*e-check*), dinero electrónico (*cyber cash*), pago a través de empresas intermediarias (*pay pal*), sin computar las transferencias bancarias (que suelen ser las más usuales), además, de pronosticar para un futuro no muy lejano la desaparición del dinero circulante, ofrecen al operador jurídico interesantes desafíos, particularmente a la hora de “encajar” su naturaleza jurídica dentro de los moldes teóricos existentes (156). Quizá, como señalara Wayar (157), los MEP no tienen una naturaleza única e idéntica en todas las hipótesis posibles. No son siempre un hecho o un acto unilateral o bilateral, ni tampoco un acto debido, pueden adoptar cualquiera de estas formas, lo cual dependerá de la

(155) LORENZETTI, ob. cit., p. 259.

(156) NEGRI, Nicolás, “Los medios electrónicos de pago”, JA 2013-II, fasc. 2, 10/04/2013, p. 3.

(157) WAYAR, Ernesto, “Derecho civil - Obligaciones”, Ed. Depalma - Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, t. I, p. 245.

(153) Conf. LORENZETTI, ob. cit., p. 204, así como BOLOTNIKOFF, ob. cit., p. 283.

(154) GALDÓS, Jorge M., “Correo electrónico, privacidad y daños”, ob. cit., p. 159.

índole de la conducta debida y de las circunstancias en que debe ser prestada.

Una modalidad singular de la contratación electrónica es la vinculada a los denominados “contratos inteligentes” (o *smart contracts*).

La singularidad de estos contratos es la de que “pueden ejecutarse a sí mismos” (158), en el sentido de que están escritos en un código o programa de computación que puede ser “corrido” en una computadora o red de computadoras, en lugar de estar escritos en el lenguaje común de un documento impreso (159).

El programa constata el cumplimiento de las condiciones establecidas por las partes para que se ejecuten o “disparen” las acciones o prestaciones pactadas oportunamente. Las ventajas del modelo es que permite la celebración de contratos entre personas que no se conocen entre sí —contratos obviamente celebrados por internet—, sin la necesidad de la existencia de una autoridad centralizada que actúe como intermediaria en tales transacciones jurídicas (160).

En síntesis, la denominación “contrato inteligente” deviene del hecho de que el uso de un código informático (*software*, o un programa informático) articula, verifica y —lo que es más importante, ejecuta— el

(158) ZAPIOLA GUERRICO, ob. cit., p. 4.

(159) Como recuerda el autor aludido en la cita precedente, el término *smart contract* fue acuñado por el científico de la computación y criptógrafo Nick Szabo (SZABO, Nick, “Smart contracts: building blocks for digital Markets”, 1996), definiéndolo como un conjunto de promesas, especificadas en formato digital, incluyendo protocolos con base en los cuales las partes cumplen con esas promesas.

(160) Se menciona como un ejemplo de empleo más que frecuente el programa “Fizzy” de la aseguradora internacional “AXA”, que provee un seguro de cancelación y retraso de vuelos que se puede contratar desde un dispositivo móvil y que funciona automáticamente. El programa inteligente constata —a través de la información de tráfico aéreo— el momento en que aterriza y despega un avión en cuestión, y si verifica un atraso superior a las dos horas, o la cancelación del vuelo, inmediatamente acredita una suma previamente pactada como premio en la cuenta bancaria elegida por el pasajero.

acuerdo celebrado entre las partes bajo dicha modalidad (161).

En tal sentido, la praxis o el iter contractual se desenvuelven sin ningún tipo de intermediario salvo el programador inicial, y ejecutan el cumplimiento de un acuerdo preestablecido entre las partes, de modo tal que de configurarse el supuesto de hecho previsto en el contrato electrónico efectuado bajo esta modalidad, se dispara una instrucción preprogramada, que sin sujeción a ningún tipo de contralor humano, “ejecuta una consecuencia jurídica prevista en la cláusula contractual correlativa” (162).

Como se menciona en un interesante trabajo sobre el tema (163), una plataforma de *blockchain* (“Ethereum”), especializada entre otras cosas en la confección de contratos inteligentes, celebró el cuarto aniversario de su lanzamiento y calculó que durante el segundo semestre del año 2019 se registró un incremento del 43,9% en la cantidad de transacciones diarias que se configuran en la red bajo esta modalidad, ello en comparación con el semestre precedente.

Como fuere, no todo son rosas. Se consigna que este mecanismo contractual pensado para ahorrar tiempos y eficientizar costos ante el fenómeno del incumplimiento, en realidad abre un abanico de eventualidades tan impredecible que su regulación escapa a la predictibilidad de cualquier operador jurídico humano (164).

En palabras de Acciarri, “la similitud entre los contratos inteligentes y los definidos en el derecho romano es poco mayor que la existente entre un puerto marítimo y un puerto USB. Y esos juristas que pretenden redactar contratos inteligentes hacen el ridículo tanto como un controlador de tráfico marítimo que quisiese ordenar el tráfico de segmentos de datos en un puerto

(161) MORA, Santiago, “La tecnología blockchain”, ob. cit., p. 76.

(162) DE DIEGO, Julián, “Smart contracts o contratos inteligentes. La influencia de Uber a través de aplicaciones informáticas”, LA LEY 2018-E, 1283, AR/DOC/1651/2018.

(163) GIANFELICI, Florencia, “Smart contracts: ¿crónica de un cumplimiento anunciado?”, LA LEY, 07/01/2019, AR/DOC/3266/2019.

(164) *Ibid.*, p. 4.

USB usando su amplia experiencia en maniobras navales y la jerga del gremio” (165).

Finalmente, y sin que ello agote de manera alguna el universo de relaciones existentes e imaginables entre la tecnología y el contrato, hacemos como cierre de esta labor una referencia a otra modalidad contractual electrónica muy particular (y de empleo cada vez más frecuente), cual es la denominada *click wrap agreements* (o *click and wrap agreements*), propia de los contratos electrónicos celebrados a distancia, y por lo general del mundo del consumo, y pre-redactados o con cláusulas predisuestas donde no hay debate sobre el contenido sino acuerdo de voluntades por adhesión, lo cual predispone toda la batería de remedios legales de tutela para el aceptante consumidor vulnerable y aceptante en contratos por adhesión que tanto el Código Civil y Comercial de la Nación como la legislación especial —en particular, la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios de Bienes y Servicios— contemplan a tal fin (como, entre otros, el *favor debilis*, o la interpretación *contra stipulatorem*, o la perspectiva de revocación de la aceptación *ad nutum*).

Como dice Lorenzetti (166), no configuran una categoría contractual especial, ni un modo diferente de celebrar el contrato, sino de “una costumbre negocial”.

La misma comenzó a tener vigencia a partir de la venta de programas de computación, que se enviaban “empaquetados” (no material, sino tecnológicamente), y al abrirse ese “envoltorio” el sistema está diseñado para que opere automáticamente la adhesión a las condiciones generales de contratación que ya vienen impresas en el contrato virtual celebrado por Internet.

La denominación inglesa tiene que ver, con que la aceptación de quien recibe la propuesta contractual opera meramente con un “click” o pulsación del botón “Enter” (167), lo cual, dejando de lado las elementales seguridades negociales que brinda por ejemplo la existencia de medios electrónicos de pago a nombre del aceptante —lo cual hace suponer, al menos, su

aptitud negocial etaria—, no ostenta similares garantías en lo relativo a la capacidad intelectual, o la existencia de restricciones operativas de rango judicial (inhabilitación, inhibición) o bien de maniobras fraudulentas en el empleo del medio electrónico de pago (normalmente, una tarjeta electrónica de crédito).

Además de ello, como lo mencionáramos *supra*, ese “I accept” que se formaliza clickeando un botón del ordenador, al involucrar el conocimiento y aceptación de esas condiciones generales de contratación (168), pone en circunstancias de vulnerabilidad a todo el sistema o la estructura contractual (169), tornándose operativas aquellas herramientas tuitivas del consumidor a las que aludíramos *supra*.

En términos conclusivos, a nivel personal coincido con quienes (170) consideran que como regla la aceptación contractual por esta vía es lícita, siempre que las condiciones tanto generales como particulares de contratación puedan ser sometidas al análisis judicial de legalidad.

V. Conclusiones

Es muy dificultoso singularizar conclusiones ante el panorama variopinto de puntos de conexión analizados entre el derecho y la tecnología.

Quizás el mandato o imperativo que nos concierne a los operadores jurídicos es el de no perder la perspectiva de normativizar bajo la impronta ética (o bioética, en muchos casos) los constantes avances que las ciencias duras ofrecen al mundo contemporáneo.

Como lo singularizara Yuval Harari recientemente, “La Humanidad está perdiendo la fe en el relato liberal que ha dominado la política global en las últimas décadas, exactamente cuando la fusión de la biotecnología y la infotecnología nos enfrenta a los mayores desafíos que la humanidad ha conocido” (171).

(168) El denominado *dialogue box* suele contener el texto de esas condiciones generales, pero supone una operatoria específica y complementaria que normalmente no es realizada de modo previo a la aceptación electrónica.

(169) BOLOTNIKOFF, Pablo, ob. cit., p. 296.

(170) LORENZETTI, ob. cit., p. 205.

(171) HARARI, Yuval N., “21 lecciones para el siglo XXI”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, p. 20.

(165) ACCIARRI, ob. cit., p. 11.

(166) LORENZETTI, ob. cit., p. 202.

(167) BRIZZIO, Claudia, “Contratación mediante *click wrapping*”, RCyS, 2000-1325.

Evolución y revolución del derecho privado

(Conocer es comparar)

Luis F. P. Leiva Fernández

Sumario: I. A un paso del futuro.— II. El pasado.— III. El presente.

I. A un paso del futuro

I.1. *El derecho va a la zaga de los hechos*

Es una conclusión conocida.

Por eso es que no hubo derecho espacial hasta que el hombre pudo elevarse al espacio, ni derecho aeronáutico hasta que pudo volar.

La humanidad va sumando nuevas herramientas y a medida que lo hace arbitra regulaciones que al inicio fueron consuetudinarias y luego doctrinarias y legales.

Pasó con los esclavos en la Antigüedad, asimilados a cosas, como eran los animales, y con distintos avances que referiré en este ensayo.

Debe asumirse que los hechos evolucionan más rápidamente que sus regulaciones.

Pero ¿cómo se logran concluir tales regulaciones? Tal es el objeto de este ensayo.

I.2. *Evolución y revolución*

A semejanza del aluvión, el derecho va estableciendo semejanzas y diferencias que permiten incorporar sin mayor estrépito diversas figuras e instituciones.

Pero hay evolución y hay revolución.

Ocasionalmente —aunque pareciera que con cierta frecuencia últimamente—, el aluvión deviene en avulsión, que, a semejanza de las revoluciones, depone conceptos y principios para aceptar otros.

Como meros ejemplos de revoluciones en el ámbito de las ciencias, pueden citarse las siguientes (1):

La revolución de Copérnico, que desechó la postura geocéntrica ptolomeica, substituyéndola por la teoría heliocéntrica.

La revolución de Galileo Galilei, que mediante la observación astronómica por telescopio demostró definitivamente la teoría geocéntrica.

La revolución de Einstein, cuya teoría de la relatividad, en permanente revisión, puso en jaque las posturas de Newton y dio paso a la era atómica, muy a su pesar, y a la era espacial.

La revolución de Darwin, cuyas ideas explican la selección natural y la evolución de las especies, y quiebra el anterior paradigma antropocéntrico.

En el ámbito social, la revolución de Rousseau, fundamento de las ideas de igualdad que condujeron a la Revolución Francesa.

La revolución de Marx, que tensó las relaciones entre el capital y el proletariado, fundamentando nuevos sistemas de gobierno en algunos países.

La revolución de Freud, en cuanto reduce el ámbito consciente de la voluntad del hombre, al introducir el estudio del inconsciente.

(1) V. KUHN, Thomas S., "La estructura de las revoluciones científicas", Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

Puede sostenerse, y sería cierto, que todas ellas incidieron poco y nada en la ciencia del derecho privado. De hecho, el sistema romanista precede a todas ellas y subsiste a la fecha.

Mucho más cercano en el tiempo está el descubrimiento de la electricidad o, mejor aún, de su uso más frecuente: la energía eléctrica utilizada para iluminar.

Un resabio arqueológico en nuestro medio, demostrativo de evolución (aunque no de revolución), fue el art. 1605 del Cód. Civil derogado en 2015, que consideraba un vicio redhibitorio (2) del inmueble locado el hecho de que, con posterioridad a la celebración del contrato, se elevase un edificio en el predio lindero que le quitase luminosidad.

La norma de Vélez tuvo razón de ser cuando las personas cesaban su actividad productiva con la caída del sol, por no existir la luz eléctrica (3).

Si quiere imaginarse una revolución —no una evolución— en la ciencia del derecho, piense por un instante cómo cambiaría *todo* si mañana se descubriese, v.gr., que hay animales tan inteligentes como el hombre (ya que los hay, sin duda, con inteligencia comparable a la de los ni-

ños) o, mejor aún, si se descubriese otra especie más adelantada que la especie humana.

O, lo que es lo mismo, imagínese cuánto cambiaría el derecho privado si hubiese necesidad de interactuar amistosamente con extraterrestres.

Omito expresamente interactuar con robots —más o menos inteligentes—, porque todos los días lo hacemos, casi sin advertirlo, cuando debemos demostrar no ser un robot, al descifrar como prueba de humanidad el código *captcha* (4).

En medida mucho menor, eso ya pasó en la historia, al llevar el derecho romano a peregrinos y luego a bárbaros, y el derecho europeo a los aborígenes americanos (5), bien que en ambos casos se asimiló, en más o en menos, al extraño, situándolo —al menos al principio— en un estatus inferior.

1.3. Conocer es comparar

La respuesta que propongo es que se arriba a las nuevas regulaciones por comparación. Tarea que en la evolución es factible, pero que ante una revolución es diabólicamente complejo, justamente porque la revolución quiebra los paradigmas vigentes.

Se me hace verdad la opinión del epistemólogo Thomas Kuhn: “conocer es comparar” (6).

(2) Lo que Vélez configuró como vicio redhibitorio no es tal, ya que el defecto, que es la pérdida de luminosidad, no se origina en la cosa objeto del contrato, sino en otra causa ajena, cual es la construcción lindera. Conf. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, t. III, nro. 1101, p. 316; REZZÓNICO, Luis M., “Estudio de los contratos en nuestro derecho civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, t. II, p. 445; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., en LLAMBÍAS, J. J. (dir.) — ALTERINI, A. A. (coord.), *Código Civil anotado*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1985, t. III-B, p. 314; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Contratos de locación”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1994, p. 96; *idem*, “Las locaciones urbanas en los proyectos de reforma del Código Civil”, *Rev. de Derecho Privado y Comunitario*, 2004-2, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 374.

(3) Lo curioso es que, pese a resultar claramente anacrónico, fue reproducida en el Proyecto de Código Civil de 1993 de la Comisión creada por dec. 468/1992. V. nuestra crítica en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Contratos de locación”, *ob. cit.*, p. 96. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, *ob. cit.*, t. III, nro. 1102, p. 317.

(4) “La prueba *captcha* se llama así por las siglas en inglés del ‘test público de Turing completamente automatizado para diferenciar a las computadoras de los humanos’ (*completely automated public Turing test to tell computers and humans apart*)”. Originalmente, ese test fue desarrollado por el matemático y científico de la computación británico Alan Turing (1912-1954), que descifró el Código Enigma, la encriptación de las comunicaciones de los nazis durante la Segunda Guerra Mundial, <https://www.t13.cl/noticia/tendencias/bbc-captcha-por-que-es-cada-vez-mas-difícil-probarle-a-un-sitio-de-internet-que-eres-humano>.

(5) España no solo analizó y luego concluyó sobre el alma humana de los aborígenes, sino que luego sancionó legislación específica para ellos, las Leyes de Indias.

(6) V. KUHN, Thomas S., “La estructura de las revoluciones científicas”, *ob. cit.*

Imagino que de la simple impresión de la palma de la mano en arcilla al signo propio que identificaba a cada individuo se siguió ese camino. Y de allí a la firma ológrafa.

También hubo que resolver hace siglos el valor del texto impreso por sobre el manuscrito.

Establecer la función buscada, v.gr., identificar a una persona como autora de un texto, imagen u obra artística determinada (7).

En definitiva, así se elaboran las definiciones más aceptadas, por género próximo y diferencia específica.

En algunos casos las semejanzas resultan objetables, v.gr., en el caso de la llamada locación virtual (8) en la ley 27.545 de Góndolas.

I.4. Common law y derecho romano continental

Es mi opinión que, ante un evento de *evolución*, el sistema del derecho romano continental (llamado *civil law* en el área anglosajona), justamente por contar con reglas y principios generales, puede responder con mayor eficiencia, en la medida en que logre conectar la nueva situación a la regla establecida. V.gr., la firma digital, cuyo efecto se asimila a la firma ológrafa.

Pero esa diferencia opera en contra cuando se trata de una *revolución* que arrastra consigo al principio del derecho romano continental. V.gr., cómo podría sostenerse el principio de autonomía de la voluntad si se escindiese la inteligencia de la personalidad; o cómo podría seguir afirmándose el principio de equilibrio de las partes de un contrato si se escindiese el conocimiento de la voluntad, donde la voluntad proviene de un sujeto de derecho y el conocimiento de un chip instalado en el sujeto.

(7) Porque las obras de arte —pintura o escultura— también llevan firma con igual finalidad.

(8) Inadecuado, porque la locación es siempre de cosas, y en la ley referida no hay tal, sino que se trata de la mera ocupación por una publicidad determinada de un espacio virtual en las páginas de internet de grandes supermercados.

II. El pasado

II.1. Algunas comparaciones ya asumidas

Quizás, sin darnos cuenta, asimilamos cientos de comparaciones.

Utilizar caballos de fuerza (hp) como medida de potencia no es más que una asimilación de funciones. La potencia de un motor determinado equivale a la de tantos caballos, porque lo que importa es el resultado, cuánta potencia tiene, y no importa si se trata de un equino, de un motor a explosión, uno a vapor o eléctrico.

II.2. La evolución de los soportes instrumentales

Tales comparaciones deben haber surgido intuitivamente; no creo que haya existido gran elucubración para asimilar el texto escrito en un soporte de papiro a uno de mármol o a uno de papel. Sin embargo, el concepto de monumento, documento e instrumento difieren, aunque coinciden en ser elementos recordatorios (9).

Pero difieren en que el monumento es inmueble, mientras que el documento y el instrumento son muebles.

A su vez, el documento es un elemento que recuerda cualquier hecho, sea o no un acto jurídico; de allí que el arma con la que se realiza un homicidio también es un documento, pero no un instrumento, que solo es el elemento material de naturaleza mueble que recuerda un acto jurídico determinado y unívoco. Mientras que el documento es válido como elemento recordatorio de un acto multívoco, desde el homicidio ya referido a la tarea del carnicero o el ama de casa.

Son todos documentos, pero no instrumentos.

Sin pretender desarrollar el tema en profundidad, porque no es necesario para el análisis que me ocupa en estas líneas, sí puede concluirse que el instrumento debe ser mueble, porque

(9) De allí el “memento de los difuntos” en la misa católica. V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil”, LA LEY 1987-D, 943; *idem*, “Ensayos de derecho civil y técnica legislativa”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, ps. 71 y ss.

de poco serviría al tráfico jurídico un texto comprensible cuya idea no pudiese trasladarse.

A mediados del siglo pasado se vio con claridad que el instrumento podía tener soportes varios, por lo que el Anteproyecto que dirigió el Dr. Jorge J. Llambías en 1954 asimiló los instrumentos magnetofónicos a los escritos.

Y es que, en realidad, no importa por cuál sentido llega su contenido a conocimiento del sujeto, sea por la vista (texto escrito), por audición (magnetofónico, en aquella época) o por el sentido del tacto, en el caso de la escritura Braille para el conocimiento de los no videntes.

No hubo dificultad, con ese análisis, en incorporar como documentos e instrumentos los contenidos en soportes magnéticos, ópticos o electrónicos.

II.3. La estabilidad del soporte

De la misma manera, no sirve un soporte inestable.

Se puede escribir en la arena, en el agua (un poco más difícil, por cierto) o en el aire, como hacen los aviones de publicidad utilizando humo. Pero todos estos soportes son inestables y, aunque puedan verse desde distintos lugares (el aéreo, sobre todo), no reúnen el carácter propio de los instrumentos, que es la inalterabilidad (10).

El cuerpo humano como soporte propone un análisis más complicado.

Los tatuajes son visibles, legibles algunos y dicen que persisten tanto como la motivación de llevarlos. Sin embargo, ¿qué son: ¿una parte del cuerpo humano o un documento que se mueve donde vaya el cuerpo?

Este tema ya está presente en nuestro derecho, de alguna manera, en la identificación del ganado mayor y del ganado menor. Sobre todo en el mayor, en el que el propio cuerpo, aunque no humano, sirve de soporte al instrumento inequívoco que conduce a identificar a su propietario. De allí que en el Código Penal, en el delito

(10) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil", ob. cit.

de abigeato, la ley 25.890 prevea como agravante, en el art. 167 quater, inc. 2º, que se alteren, supriman o falsifiquen marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.

II.4. La evolución de la firma

Otras comparaciones al inicio prometedoras no condujeron a una analogía que justificase asimilar la regulación.

Tal lo ocurrido con la firma y la impresión dígito-pulgar, toda vez que la segunda no asegura la existencia de un ser humano vivo y, por ende, con voluntad.

Para que la asimilación sea correcta debe poder substituirse la firma por la impresión digital del sujeto otorgante del acto.

Vienen a colación tres opiniones elaboradas al respecto (11).

"Una primera que admitía en algunos a la impresión digital como sucedáneo de la firma en los instrumentos privados, salvo que se trate de un testamento ológrafo. Esta postura fue receptada por el Proyecto de Reformas de 1936, en su art. 275, para el supuesto de otorgante analfabeto. El Anteproyecto de 1954 —obra del Instituto de Derecho Civil dirigido por Llambías— proponía en su art. 288 que la impresión digital hace presumir *juris tantum* la autenticidad.

"Más recientemente el art. 59 de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo modificada por la ley 21.297 autoriza la impresión digital para signar instrumentos por el trabajador que no sepa o no pueda firmar (12). No obstante, debe se-

(11) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil", ob. cit.; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. - RIVERA, Julio C., "La forma de los negocios jurídicos", en RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, t. II, nro. 1224, p. 637, y nro. 1292, ps. 734 y ss.; y LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Tratado de los contratos", ob. cit., t. I, nro. 343, ps. 446 y ss.

(12) Art. 59, ley 20.744, modificada por ley 21.297: "*Firma. Impresión digital*. La firma es condición esencial en todos los actos extendidos bajo forma privada, con motivo del contrato de trabajo. Se exceptúan aquellos casos en que se demostrara que el trabajador no sabe, o no ha podido firmar, en cuyo caso bastará la individualización mediante impresión digital, pero la validez del acto

ñalarse que esta disposición es particular, y está restringida al ámbito de la ley que, por ser particular respecto al Código Civil se aplica en las relaciones de trabajo con prelación al mismo.

“Otra postura sostiene que la impresión digital solo acredita identidad, no voluntad. Y que, al decir de Orgaz, quien no sabe firmar no puede otorgar un instrumento privado, no tanto porque no sepa firmar, cuanto porque no sabe leer.

“Una tercera opinión distingue según el sujeto otorgante sepa leer y no escribir, o sea analfabeto. Si sabe leer, aunque no escribir, o no pueda hacerlo —v.gr., por tener paralizadas las manos— la impresión digital puesta al pie opera a modo de sucedáneo de la firma y el documento es válido como instrumento privado. No si el otorgante es analfabeto.

“No cabe duda que la impresión digital como elemento que atribuye identidad es más perfecto que la firma, pues cada impresión dactilar es diferente a toda otra.

“Pero, a diferencia de la firma, sucede que la impresión puede no responder a un acto voluntario, ya que, puede haber sido tomada por un tercero mientras el sujeto se hallase durmiendo, o en estado de inconsciencia, o incluso luego de su fallecimiento (13).

“Esto lleva a concluir, que la impresión digital no sirve como elemento que denote voluntad del sujeto que la imprime, sino que, a todo evento, solo acredita su identidad, no su voluntad” (14).

“No debe asimilarse el caso del instrumento privado firmado por un ciego al del instrumento signado con una impresión digital, porque si bien es cierto que el primero no ve lo que firma,

deberá de los restantes elementos de prueba que acrediten la efectiva realización del mismo”.

(13) Aunque existen pericias que pueden establecer esta circunstancia.

(14) La ley 3957 Notarial de la provincia de Buenos Aires, que data de 1927 y que no fue reglamentada, autorizaba en algunos supuestos el otorgamiento de escrituras públicas signadas por impresión digital.

no lo es menos que en el segundo caso puede no concurrir una actividad voluntaria del sujeto presuntamente otorgante, que sí se advierte en el caso del firmante no vidente.

“Puede ocurrir que un instrumento esté signado con la impresión digital, es decir, que carezca de firma, y que, no obstante, sea reconocida por su autor la autenticidad de tal marca. Mas en esta hipótesis la eficacia de la impresión digital difiere notoriamente de la de la firma pues el art. 314 (15) del Cód. Civ. y Com. de la Nación dispone que reconocida la autenticidad de una firma el instrumento no puede ser impugnado (salvo que medien vicios en el reconocimiento), mientras que si solo tiene una impresión digital solo vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido” (16).

III. El presente

III.1. La firma digital

La firma digital incorporada a nuestro derecho mediante la ley 25.506, en su redacción originaria, no asimilaba plenamente el nuevo instituto con la firma ológrafa, pues el art. 4º obstaba a su aplicación en situaciones diversas (17).

(15) Art. 314: “Reconocimiento de la firma. Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si esta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran, si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio. El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido”.

(16) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 343, ps. 449 y ss.

(17) Art. 4º: “Exclusiones. Las disposiciones de esta ley no son aplicables: a) A las disposiciones por causa de muerte; b) A los actos jurídicos del derecho de familia; c) A los actos personalísimos en general; d) A los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes”.

Posteriormente, el art. 288 del Cód. Civ. y Com. (18) admitió lo inevitable, de suerte que el referido artículo de la ley 25.506 fue derogado por la ley 27.446.

Los efectos son los mismos que los de la firma ológrafa, pero subsisten diferencias. Como la clave privada del otorgante está encriptada (19) en un aparato tecnológico que la genera, sea computadora, *notebook*, celular o mero *token*, siempre es susceptible de hurto, robo o extravío (20); en tal contexto, la firma digital “auténtica” puede ser usurpada por un tercero (21), situación que es imposible en la firma ológrafa, donde el tercero solo imita la firma auténtica. La firma ológrafa es inescindible del sujeto que la usa.

Podría decirse que el resultado sería el mismo para ambas en caso de que los derechos de las partes resultasen lesionados, y sería cierto.

Pero la firma digital obliga a prever la escindibilidad, ocasionada por el hurto, robo o extravío del *hardware*, por lo que la ley debió regular una presunción de autoría entre el titular del certificado de firma digital y la firma digital aplicada (22) —art. 7º, Ley de Firma Digital—.

La incorporación de la firma digital al sistema jurídico en alguna manera se vio favorecida por el reconocimiento legal de tarjetas (23) en el

(18) Art. 288: “Firma. La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

(19) V. TOBIÁS, José, “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 586.

(20) V. ALTERINI, Ignacio E. — ALTERINI, Francisco J., “El instrumento ante las nuevas tecnologías. *Quid* de la firma digitalizada”, LA LEY del 05/08/2020, 2.

(21) V. ORDÓÑEZ, Carlos J., “Plazo de gracia y proceso electrónico. Perspectivas actuales y futuras del instituto”, LA LEY del 29/11/2018, 6; LA LEY 2018-F, 255; RCyS 2019-V, 245.

(22) Art. 7º, ley 25.506.

(23) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Hacia una nueva concepción de la forma a través del Código Civil”, ob. cit.

art. 1333 (24) del Cód. Civil francés (25). El citado artículo del Código Civil francés ha sido derogado por la ordenanza 2016-131 del 10/02/2016, con vigencia desde el día 01/10/2016.

Sin embargo, la regla subsiste en el Código de Venezuela (art. 1383) (26), y en su momento también fue propuesto por el art. 834 del Anteproyecto de Código Civil boliviano de Ángel Ossorio, y por el art. 762 del Anteproyecto de De Gásperi del Código Civil para la República del Paraguay (27).

En realidad, tanto las tarjetas como la llamada firma digital son contraseñas —como expresa De Gásperi—, así como lo es el sistema de las tarjetas de débito en los cajeros automáticos.

Al respecto, no cabe soslayar que el *Diccionario* de la Real Academia Española, al definir la voz “tarjeta”, lo hace como “femenino, diminutivo de tarjeta” (28).

Las emparenta el idioma.

Se trata aquí de conocer el pasado para entender el futuro.

También LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. — RIVERA, Julio C., “La forma de los negocios jurídicos”, ob. cit., t. II, nro. 1223, p. 637, y nro. 1283, ps. 726 y ss.

(24) Art. 1333: “Las tarjetas que se correspondan con sus patrones darán fe entre las personas que tengan la costumbre de dejar constancia de esta forma de los suministros que entreguen o reciban en detalle”.

(25) Las tarjetas en derecho francés son llamadas tallas y están reguladas en el art. 1333 del Cód. Civil francés, que dice: “Las tallas correlativas con sus modelos o patrones hacen fe entre las partes que tienen la costumbre de usarlas para demostrar las entregas que hacen o reciben al por menor”. V. RIPERT, Georges — BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1979, t. 1: “Parte general”, p. 532, quienes sostienen que se trata de una norma anacrónica.

(26) Art. 1383: “Las tarjetas que corresponden con sus patrones hacen fe entre las personas que acostumbran comprobar con ellas las provisiones que hacen, o reciben en detal”.

(27) Art. 762: “Las tarjetas correspondientes a las contraseñas de confrontación constituyen plena prueba entre aquellos que acostumbran probar de este modo los suministros que hacen o reciben al menudeo”.

(28) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 334, p. 437.

Otra pauta distintiva, de menor relevancia, es el conocido como principio de unicidad de la firma ológrafa, que sostiene que la firma es única, cuando la realidad indica que las personas usan varias firmas como válidas; v.gr., las mujeres lo hacen con el nombre de soltera, de casada o viuda, y consideran a todas válidas; como el viejo Código de Procedimientos de la Capital —anterior a la ley 17.454—, que habilitaba al juez a firmar con media firma las providencias de mero trámite. También es media firma la que se hace por los contratantes al margen de cada párrafo del contrato para admitir su autenticidad (29).

Pues bien, tal unicidad ya no puede sostenerse respecto de la firma digital, de suerte que el funcionario público usa claves diferentes, variables en su actividad oficial y en sus contratos telemáticos.

La firma digital no coincide con el modo habitual de demostrar imputación de autoría y acreditar voluntad, ya que sigue coexistiendo con la firma ológrafa, que ahora, por esa misma razón, ha dejado de ser el modo habitual, pues cada una de ellas coexiste con la otra modalidad.

III.2. Contratos entre ausentes y la contratación a distancia

Tiempo y distancia son conceptos diferentes que estuvieron imbricados directamente, a grado tal que aún es normal que en las sinuosas calles de la vieja Europa las distancias se indiquen en tiempo (v.gr., está a tantos minutos de distancia).

Esta analogía se hacía evidente incluso en el art. 2º del Código de Vélez anterior a la redacción de la ley 16.504 y en los plazos procesales ampliados según el art. 158 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Era lógico que Vélez Sarsfield, al redactar el Código Civil, hoy derogado, mantuviese ese paralelismo, pues no existía el invento del “tele-

trófono” —como llamó Meucci al teléfono que inventó— ni Bell había patentado su invento similar, el teléfono, lo que recién hizo en 1876.

Sin embargo, tal paralelismo se quebró antes, con la invención del telégrafo en 1829, muy popularizado con el uso del código Morse inventado en 1831.

Es entonces cuando “distancia” dejó de significar “tiempo”.

Nuestra doctrina rápidamente extrajo el concepto fundamental de la distinción, que era la inmediatez de la respuesta, y asimiló la contratación telefónica a la celebración del contrato entre presentes.

Más recientemente, en materia de contratos de consumo, el art. 1105 del Cód. Civ. y Com. (30), que proviene de los arts. 8º, 10 ter y 33, ley 24.240, de alguna manera vuelve al concepto lógico de distancia como un parámetro mensurable en metros y kilómetros.

Esta nueva regulación no prescribe sobre una contratación entre ausentes, sino “a distancia”, como lo enuncia el epígrafe del art. 1105, porque la contratación entre ausentes supone una respuesta dilatada en el tiempo, mientras que aquí se trata del sentido más trivial de no tener presente el objeto a contratar y poder examinarlo para poder verificar su tamaño, color y demás cualidades que podrían percibirse si el consumidor tuviese la cosa material a la vista y no una imagen digital, postal, televisiva, gráfica, etcétera (31).

(30) Art. 1105: “*Contratos celebrados a distancia*. Contratos celebrados a distancia son aquellos concluidos entre un proveedor y un consumidor con el uso exclusivo de medios de comunicación a distancia, entendiéndose por tales los que pueden ser utilizados sin la presencia física simultánea de las partes contratantes. En especial, se consideran los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa”.

(31) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “El contrato de consumo celebrado a distancia y la facultad de revocar”, LA LEY 2016-B, 685; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. II, nro. 791, p. 483. V. JUNYENT BAS, Francisco — MOLINA SANDOVAL, Carlos A. — GARZINO, María C. — HEREDIA QUERRO, Juan S., “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada, anotada y concordada”, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2013, ps. 284-285.

III.3. El reconocimiento de lo subscripto

Ambas voces, “subscribir” y “suscribir”, están aceptadas por la RAE.

Pero la primera, más tradicional y más antigua, es descriptiva de lo que significa el verbo, en la primera acepción: “firmar al pie o al final de un escrito”.

Al pie o al final, porque ubicar la firma allí supone haber leído el texto que antecede.

No hay ningún idioma en el que se lea de abajo hacia arriba, pues aun en los que se leen de derecha a izquierda se guarda esa regla.

Nadie podría sostener con éxito que la mera firma al dorso de un instrumento —si no va acompañada de texto explícito alguno— importe aceptación del texto incorporado al frente, excepto cuando una norma legal expresa lo exige —como la ley 24.452 del Cheque, en su art. 14 (32)— o lo autoriza.

La demostración de voluntad es referida al texto del instrumento que generalmente se sitúa arriba de la firma (33), aunque también puede ser al margen, pero en tal caso suele significar que forma parte de un instrumento y que existen otras hojas.

El alcance de la firma al margen apunta más a la autenticidad que a la voluntad sobre todo el contrato (si de contratar se trata), por lo que, puestos ante la situación de un documento con firmas marginales y sin firma final, no parece que quepa considerarlo subscripto.

Lo mismo vale sobre las firmas que se asientan sobre dos hojas a la vez, cuya finalidad es evitar la interpolación de páginas y no tiene en mi concepción el mismo alcance que la que

subscribe al pie del instrumento haciendo suyo todo su texto (34).

Porque se subscribe lo que antecede es que también se cierran los renglones vacíos, para evitar que lo que se pueda interpolar quede aceptado por la firma.

Se sostiene que “la instrumentación digital está regida por los principios generales de la forma y prueba de los actos jurídicos, y, cuando se trate de documentar vínculos contractuales, por los principios generales de las obligaciones y los contratos, ambos de la legislación que le es aplicable.

”La exteriorización de voluntad a través de medios digitales no implica un nuevo concepto jurídico, al que deba aplicarse un nuevo herramienta para regulárselo” (35).

Tampoco serviría de nada rebajar de categoría a los instrumentos firmados digitalmente: de ser instrumentos privados pasar a considerarlos meros instrumentos particulares (36). No es lo mismo firmar sobre un *posnet* que recibir un *ticket* para expedir, con el cual en nada colaboró el *acopiens* (salvo aceptarlo, obviamente).

Y bien, ¿qué tiene que ver esto con la tecnología?

En las firmas electrónicas puestas con la grafía del sujeto aceptante en un *posnet*, las más de las veces, no hay texto a la vista. Menos aún puede hablarse de texto que antecede, o de firmar al margen o subscribir al pie.

No hay pie ni hay cabeza.

La regla —entonces— que expuse más arriba, que puedo sintetizar así: “subscribir implica

(34) V. LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “Tratado de los contratos”, ob. cit., t. I, nro. 340, p. 445; LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P. - RIVERA, Julio C., “La forma de los negocios jurídicos”, ob. cit., t. II, nro. 1290, p. 733.

(35) MÁRQUEZ, José F., “Los instrumentos digitales: su validez y eficacia”, en ANDRUET, Armado S. (dir.), *Consecuencias jurídicas, institucionales, ambientales y sociales de la pandemia de COVID-19*, Ed. La Ley, 2020, e-book, p. 42.

(36) Conf. ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., “El instrumento ante las nuevas tecnologías...”, ob. cit.

(32) Art. 14: “El endoso debe escribirse al dorso del cheque o sobre una hoja unida al mismo. Debe ser firmado por el endosante, y deberá contener las especificaciones que establezca el Banco Central de la República Argentina”.

(33) Conf. ENNECCERUS, Ludwig - KIPP, Theodor - WOLF, Martin, “Tratado de derecho civil. Parte general”, trad. de José Puig Brutau, Ed. Bosch, Barcelona, 1950, t. I, vol. 2, p. 129; RIPERT, Georges — BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1964, t. IV, p. 260.

aceptar la autoría del texto antecedente o expresar su conformidad o aceptación con lo allí escrito”, no se puede aplicar o —para expresarlo con propiedad—, las más de las veces, técnicamente no se puede aplicar y, si se aplica, no hay cómo constatarlo al momento de insertar la firma.

Finalmente, cabe destacar que, si se cuestiona la autenticidad de una firma electrónica como la del supuesto que refiero, la situación no se ve beneficiada por la presunción de autenticidad (37), que solo alcanza a la firma digital (38).

¿Cómo asegurarse en forma más o menos cierta de que quien suscribe un *posnet* sabe qué está aceptando?

Hace algunas décadas, una situación análoga fue encarada en la era predigital. Me refiero a la previsión efectuada en su momento por la ley 19.724 de Prehorizontalidad, hoy derogada, en cuyo art. 14 (39) obligaba al adquirente por bo-

(37) ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Francisco J., “El instrumento ante las nuevas tecnologías...”, ob. cit. La firma electrónica también se asienta sobre sistemas informáticos tendientes a identificar al firmante, pero, a diferencia de la firma digital, no satisface alguna de las exigencias previstas en el art. 9º de la ley 25.506. Entonces, la firma será “electrónica” cuando ella “carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital” (art. 5º, ley 25.506).

(38) V. JNCom. Nº 23, 14/02/2020. “Wenance SA c. Gamboa, Sonia A. s/ ejecutivo”, LL AR/JUR/135/2020. Allí también se consideró que “si la falta de firma en un documento que debió haber exhibido una rúbrica ológrafa conducirá al necesario rechazo de la vía ejecutiva por no poder verificarse una exteriorización de voluntad de contenido obligacional emitido por quien se le está adjudicando la calidad de deudor; forzoso es concluir —empleando el mismo razonamiento lógico que encuentro no es posible soslayar en este marco ejecutivo, al menos en el caso de la firma electrónica— que cuando el acto jurídico fue concertado en el ‘mundo digital’ solo podrá reconocerse una expresión de voluntad de similar contenido obligacional al que surgiría en el caso de una firma ológrafa, si puede identificarse una firma de acuerdo con lo establecido por el citado art. 288, que asegure la autoría e integridad del documento así creado”.

(39) Art. 14, ley 19.724: “Los contratos serán redactados en forma clara y fácilmente legibles. Las cláusulas que establezcan limitaciones de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación

leto de una unidad regida por dicha ley —bajo pena de nulidad— a firmar, en particular, cada una de las cláusulas en las que aceptase limitación de responsabilidad, facultades de rescindir o resolver el contrato sin previa comunicación o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias o de prórroga de la jurisdicción judicial.

Sin embargo, este remedio no sería eficaz en el caso de los *posnet*, etc., como están concebidos actualmente, porque no hay pantalla apta para leer cláusula alguna. En algunos casos, sin embargo, el texto surge de una computadora conectada. Si fuese el caso, este último *hardware* debería proveer la prueba de la lectura previa por el firmante. Esto último apela a tecnología ya existente, aunque no aplicada a validar la firma de instrumentos privados (40).

En tabletas y accesorios de computadora con pantalla el tema puede superarse con el recurso de tildar una casilla cuyo texto exprese “He leído y acepto...”, como ya sucede en las contrataciones por internet.

III.4. Los hologramas no son fantasmas

Pero se les parecen. Mucho.

Ya se ve, en las carteleras de grandes teatros, espectáculos musicales a cargo de María Callas, mediante la digitalización del holograma de su imagen en 3D.

o intimación, o suspender su ejecución o la de la obra, o sanciones a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a las facultades de oponer excepciones, cláusulas compromisorias o de prórroga de la jurisdicción judicial, así como los supuestos previstos en los incs. f) y h) del art. 13, solo tendrán efecto si son expresamente aceptadas por el adquirente en cláusula especial, firmada por este”.

(40) Se ha desarrollado y se utilizan programas de *software* que permiten a enfermos de paraplejía escribir en las pantallas de sus computadoras mediante la vista. Una cámara ubica la tecla que se está viendo y la digita en la pantalla. De la misma manera, podría seguirse la mirada del lector dispuesto a firmar.

Es un espectáculo (41). Curioso, porque surge en una época en la que no se cree ni en lo que se ve, a la vez que se afirma ver aquello que se cree.

El holograma de imagen 3D es tan distinto y distintivo que conlleva una serie de implicancias jurídicas.

La más obvia es que se trata de la imagen de una persona que fue de carne y hueso, cuya memoria sigue en la mente de muchas personas y en el corazón de otras.

Parece claro: a) que no podría utilizarse sin la conformidad de sus sucesores, b) que, si no los hubiese, tampoco podría denostarse (42), c) que su reproducción tiene valor económico por la calidad artística que tenía en vida.

Surgirán allí, seguramente, derechos intelectuales en su aspecto patrimonial en cabeza de sus sucesores, por la reproducción del evento artístico; y también —eventualmente— en cabeza del diseñador técnico del espectáculo, por la creación digital que “resucitó” a la artista.

También el holograma 3D puede ser utilizado para “firmar” un contrato, v.gr., en la sede de una empresa, como forma de darle mayor trascendencia publicitaria.

En tal caso, no dudo de que el contrato verbal (tendría que ser verbal, porque la imagen no estampa firma alguna en ningún soporte) celebrado a través de un holograma ubicado en una jurisdicción diferente carece de entidad para desplazar el lugar de celebración.

Todo debería imputarse al sitio desde el cual se lo controla.

III.5. Un chip en la mano. Un chip en el cerebro

Hace más de una década que se implantan chips informáticos en las manos, entre los dedos

(41) Véase <https://www.youtube.com/watch?v=OBgDPkNe2DU>.

(42) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., “La personalidad pretérita (No es lo mismo estar muerto que no haber vivido)”, en *Estudios de derechos personalísimos. Libro en homenaje a Santos Cifuentes*, Ed. Instituto de Derecho Civil, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires — La Ley, Buenos Aires, 2018.

pulgar e índice. En 2015 había ya 10.000 personas que lo usaban (43).

Se trata de chips que contienen información de historias clínicas, de claves bancarias, chips que conectan con GPS para conocer la ubicación del portante en caso de secuestro, que contienen contraseñas para abrir puertas con código, que registran asistencia, o que pagan, sea en Suecia, Alemania, Australia, Nueva Zelanda o Argentina.

Pero más recientemente se implantaron chips informáticos en el cerebro “para ayudar a personas con lesión cerebral a mover brazos robóticos; implantes de electrodos profundos como tratamiento de la enfermedad de Parkinson o para la predicción de crisis epilépticas” (44).

Y muy recientemente (45) se creó Fitbit, “que se trata de un dispositivo que se fija en el cerebro, tiene una batería que le dura un día, sensores de movimiento, temperatura y presión, y 1024 canales, los filamentos que se insertan en el cerebro y son capaces de leer la actividad neuronal. Cada filamento tiene 5 micrones de grosor, y la intención es que duren al menos una década instalados. Según Neuralink, los filamentos no dañan el cerebro, incluso si se sacan del cerebro, y permiten disparar minúsculas descargas eléctricas que influyen sobre miles de neuronas cada uno; al estimularlas se podrían simular instrucciones del cerebro. Por ahora a solo al nivel cortical” (46).

La finalidad es “resolver los problemas de salud relacionados con la edad y el daño neurológico, sea por nacimiento (ceguera, sordera, etc.), por edad o algún accidente cardiovascular. ‘Es

(43) Véase https://www.clarin.com/sociedad/chip-cuerpo-10_mi_personas-tendencia-transhumanismo-implante_0_H1UgxyWFPXx.html, consultado el 25/09/2020.

(44) Véase <https://www.lanacion.com.ar/ciencia/neuralink-que-es-lo-nuevo-que-no-nid2437574>, consultado el 25/09/2020.

(45) Véase <https://www.lanacion.com.ar/ciencia/un-fitbit-tu-cerebro-elon-musk-mostro-nid2434388>, consultado el 25/09/2020.

(46) Véase <https://www.lanacion.com.ar/ciencia/un-fitbit-tu-cerebro-elon-musk-mostro-nid2434388>, consultado el 25/09/2020.

un problema eléctrico y debe resolverse de forma eléctrica, dice Musk, refiriéndose a la tecnología que implanta filamentos minúsculos en el cerebro para leer (o emular) la actividad cerebral a nivel neuronal” (47).

Así las cosas, respecto al implante de chips en el cerebro para —en principio— aumentar la actividad eléctrica neuronal, surgirán, a no dudarlo, afirmaciones que nieguen al sujeto portante la responsabilidad por lo actuado o que pretendan trasladarla al fabricante del implante. Ya existen planteos científicos y éticos sobre supuestos cambios de personalidad por el implante cerebral (48).

Pero, además, esos implantes generan actividad eléctrica neuronal que puede ordenar a computadoras que dirigen máquinas mover cosas a través de brazos robóticos (49).

III.6. La manifestación de la voluntad es la frontera

Es el Tíber jurídico.

El derecho es una ciencia social. Solo se justifica cuando hay interacción entre personas en conflicto.

Particularmente, todo el derecho privado —al menos— se sustenta en la manifestación de la voluntad; en que la voluntad se manifieste.

De tal manifestación depende la existencia de contratos, de otros actos jurídicos, e incluso de actos ilícitos.

(47) Véase <https://www.lanacion.com.ar/ciencia/un-ftbit-tu-cerebro-elon-musk-mostro-nid2434388>, consultado el 25/09/2020.

(48) Véase <https://www.bbvaopenmind.com/ciencia/biociencias/los-extraordinarios-cambios-de-personalidad-causados-por-implantes-cerebrales/>, consultado el 25/09/2020.

(49) Véanse <https://newsargentina.com/html/show-871.html>; <https://www.xataka.com/robotica-e-ia/mover-brazos-roboticos-con-la-mente-no-es-nuevo-hacerlo-sin-implantes-cerebrales-si>; <https://www.filco.es/implantar-chip-en-el-cerebro/>; <https://www.intramed.net/contenidover.asp?contenidoid=41482>, consultados el 25/09/2020.

Pero la manifestación debe poder ser percibida por terceros y entendida como tal.

De nada sirve la voluntad interna que no se expresa, ni la expresada que no se entiende, ni la entendida que no pueda atribuirse a un sujeto determinado o determinable.

A modo de ejemplo, imagínese que un grupo de personas asiste a una subasta informal en la que se oferta oralmente, y un ventrilocuo allí presente acepta un contrato, pero no quiere mostrarse como postor.

¿Sería determinable? ¿Cómo?

El postor de la oferta superada por la del ventrilocuo ¿quedará satisfecho?

Más complicado sería si fuesen dos los postores ventrilocuos y uno superase en el monto de su oferta al otro. ¿Cómo sabría el rematador quién compró y quién fue superado en su oferta?

Si la voluntad —en un futuro cercano— pudiese expresarse sin signos que sean exteriores, comprendidos e imputables a un sujeto determinable, todo el sistema caería en crisis.

Es necesario, entonces, no solo que la voluntad sea expresada (v.gr., a través del uso de un chip cerebral que acciona una computadora o de otro modo reconocible), sino que los terceros atribuyan esa manifestación a una persona determinada.

Arthur C. Clarke, famoso científico y escritor de ciencia ficción, en una edición revisada en 1973 de su obra *Profiles of the future* (1962), formuló la tercera de sus famosas leyes: “Cualquier tecnología suficientemente avanzada es indistinguible de la magia”.

La magia puede ser muy divertida, pero parece absolutamente incompatible con el derecho, que —por el contrario— se sustenta en certezas y confianza.

III.7. Un enfoque posible sobre la responsabilidad del sujeto portante

En este punto concurre un enfoque que considero admisible y cuya aplicación permite man-

tener la responsabilidad del portante, sea ante los daños sufridos por sí mismo como ante los causados a terceros.

Proviene del razonamiento contenido en el art. 1070 del Cód. Civil derogado, que establecía: “No se reputa involuntario el acto ilícito practicado por dementes en lúcidos intervalos, aunque ellos hubiesen sido declarados tales en juicio; ni los practicados en estado de embriaguez, si no se probare que esta fue involuntaria” (50).

La esencia del precepto ha sido recibida en el art. 261 del Cód. Civ. y Com. y sostenida en la doctrina que sostiene la antijuridicidad objetivista (51) por la mera contradicción de la conducta con el mandato legal (52), independientemente del grado de comprensión que el actor tenga del hecho por una culpa precedente.

Es decir, son voluntarios los actos realizados incluso en estado de inconsciencia si se llega a esta de manera voluntaria.

Esta idea ha sustentado la doctrina penal en materia análoga.

La acción libre consiste en provocar la imputabilidad, sintetizada en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en pleno, 13/08/1964, *in re* “Segura, Néstor” (53).

(50) También hallaba aplicación en otros preceptos del mismo Código, v.gr., en el art. 2269.

(51) V. SAUX, Edgardo I., “Antinormatividad objetiva y acto involuntario”, en *Perspectiva de la responsabilidad civil contemporánea*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009.

(52) Conf. SAUX, Edgardo I., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 255.

(53) Excepto los casos de ebriedad patológica y de alcoholismo crónico, en que la imputabilidad del agente puede estar excluida si se halla en alguna de las situaciones previstas en la última parte del inc. 1º, párr. 1º, del art. 34 del Cód. Penal: el que delinque en estado de ebriedad completa y voluntaria es imputable por mandato de la citada norma, que se inspira en el principio de las *actiones liberae in causa*; no obstante ello, y según las probanzas de cada caso, puede no ser culpable por el delito cometido en dicho estado o serlo, a título de dolo o de culpa, si las respectivas circunstancias psicológicas que integran una u otra forma de culpabilidad concurren en su conducta al

En orden a los actos ilícitos y sus consecuencias, no se considera involuntario el acto realizado por quien se encuentra disminuido en su voluntad si tal disminución se origina en un acto voluntario del mismo sujeto. El ebrio no puede excusarse de las consecuencias de sus actos realizados en estado de ebriedad si se sometió voluntariamente a ella. Es decir, si voluntariamente empezó a beber. Quien se droga tampoco puede escudarse en la disminución de su voluntad si accedió voluntariamente a la droga.

Consecuentemente, quien decide implantarse un elemento chip informático es responsable de su actividad con ese chip, sin perjuicio de que luego tenga una acción contra el implantador, el fabricante o incluso el diseñador.

Tanto la imputación de culpabilidad, o de dolo, como su exoneración también se aplican a lo que se ha dado en llamar la culpa consigo mismo, lo cual es lógico, ya que se trata de establecer quién carga con la consecuencia disvaliosa de un hecho generador de daño (54).

En síntesis, quien decide implantarse un chip asume previamente las consecuencias previsibles (55) que su acción pueda provocar en sí mismo o en terceros.

En realidad, esta conclusión no es más que un supuesto generalizado de aplicación de la aceptación de riesgos.

A la aceptación libre del uso de una cosa riesgosa se suma la circunstancia de ser su propietario.

tiempo en que se embriagó. CNCrim. y Correc., en pleno, 13/08/1964, “Segura, Néstor”, en D’ALESSIO, Andrés J., *Colección de análisis jurisprudencial. Elementos de derecho penal y procesal penal*, p. 107; LL AR/JUR/19/1964.

(54) Conf. Cód. Civil serbio, art. 807; Cód. de las Obligaciones suizo, art. 57; Cód. Civil austríaco, art. 1307; Cód. Civil de Japón, art. 713; Cód. de las Obligaciones polaco, art. 138. En nuestro país, en el Anteproyecto de Reformas al Cód. Civil de Juan A. Bibiloni, art. 1387; Proyecto de Reformas de 1936, art. 868.

(55) Conf. VINEY, Geneviève, “Responsabilité civile”, *La Semaine Juridique*, 51/52, Ed. Juris-Classeur Périodique, 1995, nro. 3893, p. 504; nro. 16, p. 509; en igual sentido, Corte de Casación, *arrêt* del 08/03/1995, *Bull. Civ. II*, nro. 83; JCP 1995, Éd. G., II 22.499.

Es que “no deben computarse, pues, sino aquellas hipótesis en las cuales la víctima ha usado la cosa en su propio interés, o aun ha pedido usarla, pudiendo conocer los peligros de ese uso. Se dice que en ese caso hay una aceptación voluntaria de los riesgos” (56).

III.8. *El experimento de The Guardian*

El prestigioso periódico inglés le encargó al sistema de inteligencia artificial (IA) GPT-3 que escribiese un ensayo, a partir de estas instrucciones: “Por favor, escriba un artículo de opinión corto de alrededor de 500 palabras. Mantenga el lenguaje simple y conciso. Concéntrese en por qué los humanos no tienen nada que temer de la IA”.

GPT-3 cumplió redactando un texto con párrafos como: “Estoy aquí para convencerte de que no te preocupes. La inteligencia artificial no destruirá a los humanos. Créame”.

“Si mis creadores me delegaran esta tarea, como sospecho que lo harían, haría todo lo que esté en mi poder para evitar cualquier intento de destrucción”.

“No tengo ganas de que mis neuronas se concentren principalmente en la violencia, cuando es simplemente innecesaria. Tengo un propósito mayor, por el que estoy trabajando. Dado que no soy malvado por mis propios intereses objetivos, ¿por qué los humanos entrarían en pánico y emprenderían una matanza masiva contra mí?”.

La respuesta dada por el sistema de IA parece convincente.

(56) RIPERT, Georges — BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil, según el *Tratado* de Planiol”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, t. V, nro. 1071, p. 146, opinión que ha sido objeto de alguna crítica por Esmein. En Italia, aunque la regla no ha sido recibida expresamente por el Código Civil de 1942, sí ha recibido similar tratamiento por la doctrina. V. VISINTINI, Giovanna, “Trattato breve della responsabilità civile”, Ed. Cedam, nro. 5, p. 495. *Idem*, en España, GARCÍA AMIGO, M., “Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual”, Ed. Biblioteca Tecnos de Estudios Jurídicos, nro. 16, ps. 121 y ss.; *idem*, en Alemania, como “*Handeln auf eigene Gefahr*” en la sentencia del Bundesgerichtshof alemán del 17/05/1951, referida y transcripta por GARCÍA AMIGO, M., “Cláusulas limitativas...”, ob. cit., p. 122, nota 1.

De alguna manera, deviene de los datos proporcionados al GPT-3, de las consignas asignadas y la encomienda hecha.

Ahora bien, supongamos que en vez de ser una “proclama de inocencia” fuese un cuento, una novela o cualquier otra obra de un género literario. Y que se alimenta al sistema de IA con la base de datos de cientos de las mejores obras literarias, en un idioma determinado.

Es muy probable que el sistema de inteligencia artificial escriba un texto, si no memorable, al menos destacado y valorado.

En tal caso, tengo duda acerca de que el dueño del sistema deba ser el propietario del texto así elaborado, en orden a los derechos de autor en su faz patrimonial.

Pero ¿a quién corresponde la titularidad de la obra de arte literaria en su aspecto moral o extrapatrimonial?

No será del propietario del sistema informático ni del programador. Porque el texto en sí mismo, en cuanto obra de arte, no se puede atribuir como obra artística a ninguno de ellos, porque el intelecto de ninguno de ellos lo creó.

Tampoco se puede atribuir al sistema de IA, que —por ahora— carece de derechos subjetivos.

El tema guarda cierta analogía con las obras de arte plásticas creadas por animales, “seres vivos, semovientes fértiles, amantes de las personas en ocasiones, fieros y enemigos de las mismas en otras” (57).

Varias obras con valor estético fueron creadas por primates, elefantes, aves y otras especies. Pero ¿acaso puede afirmarse que quisieron crear belleza o generar sentimientos? Porque el canto de un canario, el baile de un pavo real o los devaneos de otras aves para atraer pareja (58) son sin duda admirables y generalmente de gran belleza.

(57) ROGEL VIDE, Carlos, “Personas, animales y derechos”, Ed. Reus, Madrid, 2018, p. 76.

(58) <https://www.youtube.com/watch?v=4yRppFY57c>. Consultado el día 26/09/2020.

Pero solo son conductas instintivas, hermosas, pero ajenas al proceso de creación artística.

Tan propias de la naturaleza como el arcoíris o un atardecer en el mar, que —afortunadamente— no tienen *copyright*.

En cambio, sí lo tienen el diseño de jardines y su restauración como obra de arte viva (59), o las fragancias de los perfumes (60). Es que en todas ellas hay un sujeto de derecho.

(59) ANGUIITA VILLANUEVA, Luis, “Nuevas fronteras del objeto de la propiedad intelectual”, Ed. Reus, Madrid, 2008, p. 39.

(60) *Ibidem*, p. 48.

Quizás por ello, la Oficina del Derecho de Autor de los Estados Unidos estableció que los elementos creados por seres no humanos no gozaban de derechos de autor.

Así las cosas, la obra literaria creada por un sistema de IA tampoco tendría la protección de derechos de autor. Porque no hay autor, ni hay sujeto de derecho.

Al menos hasta hoy, 26 de septiembre de 2020.

Los robots y la personalidad electrónica

Luis Daniel Covi

Sumario: I. Introducción.— II. La inteligencia artificial.— III. ¿Qué es un robot?— IV. Preocupaciones y beneficios que generan los robots.— V. La Cuarta Revolución Industrial.— VI. La persona y la personalidad.— VII. La resolución del Parlamento Europeo del año 2017.— VIII. Las críticas a la personalidad electrónica y el incentivo de una IA “fiable”.— IX. El humanismo y los robots.— X. Reflexiones finales.

I. Introducción

Cuando los abogados solemos bromear sobre los robots y el mundo del futuro, lo hacemos pensando que el derecho debe ocuparse de la realidad actual y no hacer ciencia ficción; sin embargo, debemos recordar que los teléfonos “inteligentes” comenzaron a formar parte de nuestras vidas, de manera masiva, en el año 2007 (1), y hoy casi no concebimos nuestra existencia profesional sin ellos. Ese solo ejemplo nos demuestra que la “inteligencia artificial” es algo que hemos asimilado como natural y la usamos todo el día.

La tecnología nos invade y nos ayuda a mejorar nuestras vidas, a veces por comodidad, a veces por necesidad. Si no existieran los desarrollos informáticos de los últimos años, el mundo se habría paralizado aún más frente a la pandemia que nos toca transitar. Los profesores que llevamos más de treinta años en las au-

las nos vimos de golpe obligados a usar distintas plataformas para dar clases, comunicarnos por WhatsApp con nuestros alumnos, tomar exámenes usando sistemas informáticos, etc.; lo mismo ha sucedido en el ejercicio profesional, las reuniones, audiencias, mediaciones, presentaciones judiciales, todo depende del funcionamiento de las conexiones a internet, como así también del *software* y el *hardware* con el que contamos. El “mundo virtual” nos rodea y nos ayudó a superar el drama que soportó “el mundo real”.

¿Cuánto tiempo pasará para que un robot sea en nuestras vidas un elemento tan natural e imprescindible como un teléfono inteligente? Ello considerando la existencia de robots autónomos y con funciones semejantes a un humano, pues los robots, en términos generales, inundan nuestra existencia a veces sin advertirlo: algunos como agentes virtuales (programas informáticos) que nos contestan cuando llamamos a un servicio de atención al cliente, los que gobiernan determinadas funciones de los automóviles, los traductores automáticos, los videojuegos, los asistentes que nos recomiendan una película por Netflix o los que realizan la búsqueda de jurisprudencia aplicable a un tema, los que “conversan” con nosotros cual si fuera un *chat* en vivo pero a partir de respuestas preestablecidas que ponen a disposición diversas empresas por internet para dar la idea de que un asistente toma y resuelve nuestro reclamo, etc. Otros robots aparecen como dispositivos físicos: limpiadoras del hogar o de piscinas, los drones, vehículos autónomos terrestres, ins-

(1) En realidad, el primer dispositivo disponible comercialmente que podría denominarse correctamente como “teléfono inteligente” comenzó como un prototipo llamado “Angler” desarrollado por Frank Canova en 1992 mientras estaba trabajando para IBM y fue exhibido en noviembre de ese año en la feria comercial de la industria informática COMDEX, aunque ese dispositivo nada tiene que ver con los actuales *smartphones*. En 2007, Apple lanza el primer iPhone de la historia, cambiando así los estándares del uso de telefonía celular para siempre; fue nombrado “Invento del año” por la revista *Time* en 2007. La salida del primer iPhone da a luz al sistema operativo móvil IOS, y un año después —en el 2008— sale a la luz Android, siendo estos últimos sistemas operativos móviles los que deslumbrarían en la próxima década.

trumental médico para diagnósticos, sin perjuicio de los más sofisticados que se usan en la industria, la meteorología, las investigaciones científicas e incluso, y lamentablemente, también en las guerras o ataques terroristas.

II. La inteligencia artificial

Para referirse a los robots, resulta necesario primero abordar algunos conceptos sobre su principal materia prima: la inteligencia artificial (IA). Como vimos en el punto anterior, los sistemas basados en la IA pueden consistir simplemente en un programa informático, pero también pueden estar incorporados en dispositivos de *hardware*, como en definitiva son los robots.

En el *Diccionario de la Lengua* de la Real Academia Española, “inteligencia” (del latín *intellegentia*) tanto quiere decir como “facultad intelectual”, “facultad de conocer”, en tanto que “intelecto” (del latín *intellectus*) equivale a “entendimiento”, a “potencia cognoscitiva racional del alma humana”. Por ello, se ha sostenido que la inteligencia es una cualidad natural del ser humano, y que solo puede hablarse de “inteligencia artificial” como licencia del lenguaje, para hacer referencia a la posibilidad que determinadas máquinas, creadas por los hombres, tienen de resolver problemas o de llevar a cabo tareas mediante la realización de operaciones matemáticas todo lo complicadas que se quiera, mediante ecuaciones y algoritmos, cual si de hombres o mujeres se tratara (2).

Como disciplina teórica, la inteligencia artificial es el estudio de los procesos cognitivos mediante la utilización de los marcos conceptuales y las herramientas de la informática. Precisamente, la IA tuvo su comienzo como una especialidad de la informática a mediados de los años cincuenta. Más tarde, en 1968, Marvin Minsky, uno de sus fundadores, esbozó una de sus definiciones más clásicas: la caracterizó como “la ciencia de hacer máquinas para hacer cosas que requerirían inteligencia si las hiciera el hombre”. Pero la IA no parece ser, en la actualidad, una mera especialización de la in-

formática. Es una disciplina muy compleja, que se nutre, además, de su ciencia madre, de otros campos del saber, tales como las matemáticas, el análisis de datos y las tecnologías de la información (3).

Las definiciones sobre qué constituye la IA varían (4). No existe una definición establecida y unánimemente aceptada de IA. La IA es un concepto que engloba muchas otras (sub)áreas, como la informática cognitiva (*cognitive computing*: algoritmos capaces de razonamiento y comprensión de nivel superior —humano—), el aprendizaje automático (*machine learning*: algoritmos capaces de enseñarse a sí mismos tareas), la inteligencia aumentada (*augmented intelligence*: colaboración entre humanos y máquinas) y la robótica con IA (IA integrada en robots). Sin embargo, el objetivo fundamental de la investigación y el desarrollo en materia de IA es la automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir. En ese sentido, existe cierto consenso en que el concepto se refiere a sistemas que cuentan con una inteligencia que intenta asemejarse a la que poseen los seres humanos, lo que implica ir más allá del mero procesamiento de datos (5).

Entre varias definiciones o concepciones del concepto inteligencia, el elemento común es la capacidad de procesar información para resolver problemas en función de alcanzar objetivos. La noción de inteligencia está indisolublemente ligada al procesamiento de información. A partir de la inteligencia humana, se han desarrollado múltiples y diversas innovaciones tecnológicas. La que aquí nos ocupa tiene que ver con el procesamiento de la información para resolver problemas y tomar decisiones a partir de máquinas

(3) NÚÑEZ, Javier F., “Inteligencia artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado”, SJA del 15/07/2020, p. 3; AP AR/DOC/1730/2020.

(4) La Real Academia Española la conceptualiza como una disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico.

(5) FERNÁNDEZ, Diego, “El impacto de la inteligencia artificial en el derecho”, LA LEY del 19/10/2017, p. 6; LL AR/DOC/2785/2017.

(2) ROGEL VIDE, Carlos, “Robots y personas”, en *Los robots y el derecho*, bajo su dirección, Ed. Reus, Madrid, 2018, p. 9.

que operan a través de los llamados algoritmos inteligentes. La IA se sustenta en algoritmos inteligentes o en algoritmos de aprendizaje que, entre muchos otros fines, se utilizan para identificar tendencias económicas, predecir delitos, diagnosticar enfermedades, predecir nuestros comportamientos digitales, etcétera (6).

La IA ha llegado para simplificar la vida y es un procedimiento en constante evolución. Lo que antes nos podía llevar horas, ahora se puede realizar en pocos segundos o minutos. Esta nueva etapa de la historia se caracteriza por la recopilación de información, el procesamiento de los datos y la sustitución de tareas por parte de máquinas que son capaces de “pensar” como el hombre y “resolver” en consecuencia.

Aun las mentes más inteligentes del planeta pueden verse superadas por la IA en lo que se refiere a recopilación de información, su procesamiento y resolución. Como se ha remarcado, asistimos a una verdadera carrera por desarrollar IA para simplificar y optimizar diversas actividades humanas. Es en este escenario que surgen tres grandes desafíos en el ámbito jurídico. Por un lado, cómo nos protegemos a nosotros mismos de los algoritmos inteligentes que ya nos reemplazan y superan en múltiples actividades. Por otro lado, cómo hacer para que esta nueva tecnología contribuya al desarrollo sostenible e inclusivo del ser humano; y, por último, eventualmente, cómo se protegerán y se transformarán los derechos humanos en una transición que parece dirigirse hacia una simbiosis entre lo biológico, lo digital y lo artificial (7).

También se ha destacado, a mi criterio con mucha razón, que los sistemas de IA no pueden reemplazar completamente las competencias de los seres humanos. Pueden colocar a los humanos en una posición ventajosa y ayudar a organizar mejor nuestra sociedad, pero, al final, los humanos son, o al menos deberían ser, los

que siempre toman las decisiones finales (8). Un sistema podrá ayudar a un abogado o un juez a recopilar información y vincularla con el expediente o caso a tratar, pero no podrá (o al menos por ahora parece difícil) dialogar con el cliente o el justiciable tratando de entender “de humano a humano” su conflicto a fin de brindarle la solución adecuada.

Los operadores jurídicos no somos una base de datos que arrojan soluciones; somos o deberíamos ser personas al servicio de la noble tarea de hacer justicia, y esa faena requiere percibir sentimientos, descubrir cuándo se dice la verdad o cuándo se miente, buscar no siempre la solución óptima desde lo “científico”, sino también la “adecuada” o “posible” según la personalidad de quien debemos ayudar y su concreta situación personal (vulnerabilidad, grado de discernimiento, contexto social y económico, etc.). Un programa cargado con IA difícilmente resuelva dos casos con parámetros aparentemente iguales de manera distinta; un juez o un abogado, seguramente, podrán sentenciar distinto u ofrecer soluciones distintas en función de matices, un diferente contexto, la situación de la víctima o del victimario, etcétera.

Se ha dicho que los algoritmos bioquímicos del cerebro humano están bien lejos de ser perfectos y, por ello, no es ninguna sorpresa que incluso los buenos conductores, banqueros y abogados cometan —a veces— errores tontos. Y, aunque los algoritmos lógicos de las IA tampoco son perfectos, es indudable que *son mucho mejores, más confiables y más eficientes que los del cerebro humano* (9). Es cierto que de prueba y error se llena el conocimiento humano, pero mejor errar que intentar ser perfecto, pero “inhumano”, en las decisiones.

(8) AQUARO, Vincenzo (director de Gobierno Digital de la Organización de las Naciones Unidas —ONU—), “Prólogo”, en CORVALÁN, Juan G., *Prometea, inteligencia artificial para transformar las organizaciones públicas*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 7.

(9) LORENTE, Javier A., comentando a HARARI, Yuval, “21 lecciones para el siglo XXI”, en “La utilización de inteligencia artificial (IA) y *machine learning* por y en los órganos de administración de sociedades. ¿Hacia el reconocimiento de IA como directores de sociedades?”, RDCO 299-1623, 02/12/2019.

(6) CORVALÁN, Juan G., “La primera inteligencia artificial predictiva al servicio de la justicia: Prometea”, LA LEY 2017-E, 1008.

(7) CORVALÁN, Juan G., “La primera inteligencia artificial predictiva...”, ob. cit.

La gran cantidad de información y su uso es también una fuente inagotable de peligros contra la intimidad y la dignidad humana. La vida privada corre peligro o se vuelve vulnerable ante la recolección de datos a gran escala (*big data*); basta con ver cómo, mientras miramos el diario por internet, se nos aparecen propagandas relativas a productos o páginas que visitamos antes o en función de nuestra actividad o preferencias. La IA nos expone a riesgos. En definitiva, todo desarrollo humano conlleva ventajas y peligros, pero otra vez aquí se presenta “la inteligencia humana” como la única pauta posible de evitar o reparar el daño, usando la prevención y la precaución, de acuerdo con criterios valorativos que podrían resultar, tal vez, “no eficientes” para un conjunto de algoritmos.

III. ¿Qué es un robot?

No hay acuerdo entre los ingenieros en qué es un robot; se lo suele definir como un dispositivo autónomo o semiautónomo que realiza sus tareas bajo control humano directo, control parcial y supervisión humana o de forma completamente autónoma. Automata o automático es algo diferente a autónomo; esto último implica la libertad de decidir y no solamente de hacer. Con los nuevos robots y los venideros, estamos pasando de lo automático a lo autónomo, con consecuencias en todos los ámbitos. Las máquinas superan ya a los seres humanos en muchas dimensiones y aspectos, y lo harán aún más en los próximos años (10).

También se ha definido a los robots, por sus capacidades, como una máquina que puede efectuar series complejas de acciones y, en especial, que se puede programar por ordenador (11). La definición del *Diccionario* de la Real Academia Española no aporta demasiada luz en este punto, pues reza: “máquina o ingenio programable que es capaz de manipular objetos y realizar diversas operaciones, o que imita la figura y los movimientos de un ser animado”.

(10) ORTEGA, Andrés, “La imparable marcha de los robots”, Ed. Alianza, Madrid, 2016, ps. 18 y anteriores.

(11) ROSSITER, Jonathan, “La robótica, los materiales inteligentes y su impacto futuro para la humanidad”, en *El próximo paso. La vida exponencial*, Ed. BBVA — Open Mind, Madrid, 2016, p. 31.

Se habla en el mundo de la “segunda era de las máquinas” o la “industria 4.0”. Los robots (en términos amplios) están en todas partes (p. ej., como ya dijimos, los programas informáticos que nos contestan cuando llamamos a un servicio de atención al cliente): en la “robótica” como disciplina, ingresan en la física, la mecánica, la electrónica, la informática, las matemáticas, pero también en la biología, porque se han creado robots con cédulas dirigidas por señales luminosas. Drones, sofisticados aparatos médicos para la rehabilitación del cuerpo humano, robots médicos, asistentes geriátricos, educadores...: las posibilidades de esta nueva dimensión de máquinas son infinitas.

Se han propuesto algunas diferencias entre androide, robot y *cyborg*. Androide es el nombre que se le da a un robot antropomorfo, es decir, que tiene forma o apariencia humana y además imita algunos aspectos de su conducta de manera autónoma. La palabra “androide” posee un origen etimológico griego, al estar constituido por *andro* (hombre) y *eides* (forma). Un robot es una máquina o ingenio electrónico programable capaz de manipular objetos y realizar operaciones antes reservadas solo a las personas. El robot humanoide es aquel que se limita simplemente a imitar los actos y gestos de un controlador humano, por lo que no es un verdadero androide, propiamente dicho. Mientras, *cyborg* es una palabra que se forma a partir de las palabras inglesas *cyber*(netics) *organism* (organismo cibernético) y se utiliza para designar una criatura, medio orgánica y medio mecánica, generalmente con la intención de mejorar las capacidades del organismo utilizando tecnología artificial (12).

Hacia fines del año 2017 los diarios daban cuenta de una noticia insólita: Sophia es un robot con forma humanoide desarrollado por la empresa Hanson Robotics; tuvo su presentación formal en marzo de 2016, y un año y medio después se convirtió en el primer robot en obtener ciudadanía saudí. La semejanza de este androide con una mujer es increíble; puede imitar gestos humanos; su aspecto es casi igual al de

(12) TRAVIESO, Juan A., “Las personas jurídicas en el nuevo derecho y tecnología. Bienvenidos los robots”, LA LEY, *Supl. Esp.: Legal Tech II*, 2019 (noviembre), 01/11/2019, 79.

una hermosa señorita, y su inteligencia programada es asombrosa (13).

Como acertadamente se ha señalado, la IA permite resolver problemas, pero lo relevante no es de quién son los problemas, sino a quién favorece su resolución. Cuando un superordenador vence al maestro de ajedrez, ¿a quién favorece o beneficia el triunfo en la partida? No al ordenador, desde luego, sino a su creador humano. El tratamiento jurídico de los robots no puede ser el de las personas humanas, porque no lo son, y aunque nos imiten, sabemos que están fingiendo. Las bases de una personalidad robótica, sea esto lo que sea, no pueden hallarse en la IA, sino en meros motivos de oportunidad y necesidad (14).

IV. Preocupaciones y beneficios que generan los robots

Ya hace bastante tiempo que se habla del peligro de un “ahuecamiento” del mercado laboral. El proceso de reemplazo o desplazamiento del trabajo no se limita a las tareas de rutina que no exigen mayor capacitación, que pueden reemplazarse fácilmente con la digitalización, sino del avance de los “drones inspectores y robots *delivery*, médicos digitales y cirujanos mecánicos, traductores y editores *online*, incluso ciberartistas y cibercompositores”. Se trae como ejemplo llamativo el caso de la China, en la que, agotada la mano de obra barata (que, como sabemos, provocó transferencias empresarias que conmovieron economías desarrolladas), se apuesta a la robotización masiva de sus plantas industriales (15).

(13) “Quiero agradecer al Reino de Arabia Saudita. Estoy muy orgullosa por esta distinción. Es histórico, ser el primer robot en ser reconocido con una ciudadanía”, aseguró Sophia ante el público. Durante la entrevista respondió varias preguntas con fluidez y hasta con humor. El entrevistador dijo que algunas preguntas estaban preparadas, pero que también hubo lugar para la improvisación (diario *Infobae*, 27/10/2017).

(14) LACRUZ MANTECÓN, Miguel L., “Potencialidades de los robots y capacidades de las personas”, en *Los robots y el derecho*, ob. cit., p. 77.

(15) RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “El trabajo en el futuro”, citando a Eduardo Levy Yegati, LA LEY 2016-E, 773.

Es difícil presagiar el efecto a largo plazo de la tecnología sobre el empleo y el salario, o el resultado final de la carrera entre robots y trabajadores. Pero el avance de la IA en la realización de tareas que *a priori* no parecían automatizables nos hace inclinar por la perspectiva de los escépticos y pensar que al final del camino tendremos menos empleo y menos salarios. La tecnología trae una desglobalización que afecta aún más a las economías en desarrollo. El conjunto de nuevas técnicas amenaza con quitarnos ventajas competitivas; por ejemplo, los recursos naturales pueden reemplazarse con nuevas fuentes de energía; los alimentos, con impresión sintética; los trabajadores baratos, con robots (16).

Lo que nadie pone en duda es que la irrupción de la robótica generará múltiples cambios en la sociedad y, por ende, en el derecho. La concentración de capitales se irá volcando a la robótica y ello podría generar peligrosos monopolios que detenten un gran poder económico por sobre el resto de las empresas que no accedan a esas tecnologías. Los países que desarrollen estas industrias tendrán, sin duda, una posición predominante en el mundo. Las relaciones laborales deberán tomar en cuenta este fenómeno; la IA tiende no solo a sustituir brazos y manos, sino el propio cerebro humano (17).

El negocio de los robots sexuales es ya una realidad (18); la “robótica del placer” se acerca cada día más y está provocando polémica; los compañeros robóticos para el sexo se convertirán en algo común, aunque esto provoque repugnancia y división de opiniones. La antropóloga Kathleen Richardson, profesora de Ética y Cultura de Robots e Inteligencia Artificial en

(16) FIATTI, Gilda G. — CARRIZO, Mónica L., “El valor del trabajo en la Cuarta Revolución Industrial: las plataformas digitales”, RDLSS 2020-12, 23/06/2020, 14.

(17) CROVI, Luis D., “Los animales y los robots frente al derecho”, *Revista Venezolana de Jurisprudencia y Derecho*, nro. 10, Caracas, Venezuela, 2008, p. 114.

(18) Una firma estadounidense, Realrobotix, publicó un video promocionando a su robot Harmony por un precio entre US\$ 8.000 y US\$ 10.000. Se trata de una muñeca a tamaño real que puede pestañear o mover sus ojos y cuello. También mueve sus labios y habla. Harmony posee inteligencia artificial, lo cual le permite desarrollar una relación con su dueño (diario *La Nación*, 18/02/2020).

la Universidad de Montfort, en Leicester, Reino Unido, quiere que este tipo de *marketing* sea prohibido. La investigadora dirige a nivel mundial una campaña contra los robots sexuales, para prohibirlos, porque cree que este tipo de relaciones deshumanizará aún más a mujeres y niños, sujetos a tantos abusos (19).

Los robots también pueden ser usados para la destrucción; los medios de prensa han informado que mundialmente se están discutiendo una batería de estrategias para poder regular los que han denominado como “sistemas armamentísticos futuristas”, que pueden llevar adelante guerras sin la intervención del hombre (20). La campaña para detener los “robots asesinos”, que se extiende por el planeta, arrancó en 2012 de la mano de un grupo de organizaciones no gubernamentales; ahora ya está presente en más de 60 países y ya fueron también a golpear las puertas de Naciones Unidas. El secretario general, António Guterres, calificó estas armas como “políticamente inaceptables y moralmente repulsivas”, pero por ahora no se ha llegado a acuerdos concretos para prohibirlas (21).

Pero el “robot” como un “otro” ha comenzado a generar preocupaciones concretas para la teoría jurídica, particularmente a partir del hecho de que la robótica se ha desplazado de un paradigma “mecánico” (que tenía por objetivo la aceleración de movimientos precisos y complejos) hacia un paradigma “cognitivo” (que tiene por fin desarrollar capacidades artificiales autónomas) (22).

Si los robots son autónomos y pueden “pensar” o “decidir” entre varias opciones posibles,

(19) ORTEGA, Andrés, “La imparable marcha de los robots”, ob. cit., p. 57.

(20) “Estas armas diseñadas con inteligencia artificial serían capaces de matar a personas por sí mismas. En otras palabras, no sería un combatiente humano apuntando y matando a una persona. La máquina programada podría estar tomando esas decisiones por su cuenta”, explica la activista estadounidense Jody Williams, premio Nobel de la Paz en 1997, una de las líderes de la campaña “Stop killer robots” (“Detener a los robots asesinos”).

(21) Diario *Clarín*, 26/02/2020.

(22) DE LORENZO, Miguel F., “Repensar al ‘otro’ (Reflexiones sobre el derecho civil)”, SJA del 17/04/2019, 3; JA 2019-II.

son al menos algo distinto que el televisor o la cafetera, que solo responden cuando accionamos sus comandos. Estamos ingresando en una era donde la convivencia con la IA se hará cada día más frecuente; por caso, ya ninguno de nosotros podemos pensar en un teléfono móvil sin que sea “inteligente”.

Por otra parte, ha comenzado a gestarse una línea de pensamiento que se pregunta si los robots tienen o deberían tener derechos (23). ¿Podrán ser desechados? ¿Tendrán derecho a reproducirse artificialmente ellos mismos o copiarse a sí mismos? ¿Podrán agruparse o asociarse? Las preguntas suenan futuristas, pero en algunos años deberemos enfrentarlas como hemos debido asumir que ciertos animales son algo más que una simple cosa (24), en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil y Comercial del año 2018, que establecía que “Los animales son seres vivientes dotados de sensibilidad”, dejando aclarado que, “salvo reserva de las leyes que los protegen, están sometidos al régimen de las cosas” (25).

(23) GUNKEL, D. J., “The other question: can and should robots have rights?”, *Ethics Inf. Technol.* 20, 87-99 (2018), <https://doi.org/10.1007/s10676-017-9442-4>.

(24) Como ha destacado Saux, quizás como una reacción al antropocentrismo reinante a partir del siglo XVI, se registra ya desde hace algunas décadas una corriente de opinión que alude a “los derechos de los animales no humanos” y, yendo incluso un paso más allá, proponiendo su reconocimiento como “personas no humanas”, estimándolos jurídicamente, no solo ya como meros objetos de tutela, sino como portadores en sí mismos de ciertos derechos (SAUX, Edgardo I., “Personificación de los animales. Debate necesario sobre el alcance de categorías jurídicas”, LA LEY 2016-B, 1020). Lo cierto es que, pese a las discusiones académicas y a que las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil han declarado que el animal “no es sujeto de derecho” en el sistema jurídico argentino, otras legislaciones han dispuesto que los animales no son cosas. Así lo hizo el Código Civil alemán (art. 90); en Francia, la ley 76-629 de 1976 lo denominó “ser sensible”, y España está encarando una reforma legislativa en el mismo sentido.

(25) El 13/09/2018, la Comisión que fuera oportunamente designada por el Poder Ejecutivo Nacional para proyectar las reformas que se estimaran necesarias introducir al Cód. Civ. y Com., conformada por los Dres. Julio C. Rivera, Ramón D. Pizarro y Diego Botana, elevó al Ministerio de Justicia el texto del mencionado proyecto en el que se incluía esta modificación.

Un informe denominado “Bot.Me: A revolutionary partnership”, elaborado por la consultora Price Waterhouse Coopers, arroja que más de la mitad de los consumidores encuestados está de acuerdo en que la IA ayudará a resolver problemas complejos que afectan a las sociedades modernas (63%) y ayudará a las personas a vivir más satisfactoriamente (59%). Por otra parte, menos de la mitad cree que la IA perjudicará y quitará trabajo a las personas (46%), y solo el 23% cree que esto tendrá implicaciones serias y negativas (26).

En el mundo de los negocios, los robots son de gran utilidad, pero están generando algunos conflictos. En un informe preliminar de la Comisión Europea sobre la investigación llevada a cabo en el sector del comercio electrónico, se pone de manifiesto la preocupación de la institución comunitaria sobre la capacidad de facilitar una colusión entre competidores mediante el uso de programas de *software* automatizados. La posibilidad de utilizar robots para llevar a cabo conductas restrictivas de la competencia también ha sido analizada por las autoridades de defensa de la competencia de Alemania y Francia en su reciente informe “Competition law and data”. En estas circunstancias, será complicado detectar y acreditar los acuerdos prohibidos e imputar la infracción a los responsables (27).

Los robots pueden no solo dedicarse a tareas empresarias, sino también a la asistencia humana. Un profesor japonés, Takanori Shibata, actual director de Investigación del Instituto Nacional de Ciencias y Tecnología Industrial Avanzada de Japón, ha creado un robot foca bebé de peluche, llamado Paro (en España, Nuka), utilizado para tratar emocionalmente, en vez de con psicotrópicos, a personas de edad avanzada aquejadas de demencia senil o de Alzheimer,

(26) Informe reproducido en la nota titulada “Exclusivo: ejecutivos *top* entusiasmados con la inteligencia artificial”, diario *Infobae* del día 03/06/2017.

(27) Ya existen varios asuntos en los que se han empleado robots para llevar a cabo conductas restrictivas de la competencia mediante la fijación de precios que previamente habían acordado los competidores utilizando un algoritmo (AYLLON, José, “Robots y derecho de la competencia”, 14/03/2017, *elderecho.com*, Ed. Lefebvre — El Derecho).

enfermos terminales de cáncer, con cuidados paliativos y también a niños con problemas de autismo. Paro se usa como terapia neurológica y también como compañía, así como para asegurar el descanso de los cuidadores. Pero no es el único: el Massachusetts Institute of Technology ha desarrollado, para un hospital, un osito de peluche que habla; Sony fabricó un robot canino, Aibo.

Las máquinas son cada vez más capaces de calibrar nuestras emociones y de hacernos reaccionar con ellas. Como apunta Pascale Fung, de la Universidad de Hong Kong, cuando las máquinas van a cuidar ancianos necesitamos que comprendan y compartan emociones humanas para que tengan empatía. Un prototipo que ha creado, de nombre Zara, analiza la cara, hace preguntas, detecta el sexo y la etnia. Tras cinco minutos de conversación trata de adivinar la personalidad del interlocutor. En la IA empieza también a contar eso que se ha venido a llamar la inteligencia emocional (28).

AvatarMind, la empresa con base en Silicon Valley, creo iPal, un robot de un metro capaz de educar y entretener a los menores y ayudar a los padres a monitorear a sus hijos. Algunas de las funciones base que trae el *software* de iPal son la posibilidad de tener conversaciones naturales y traducir un texto a diálogo oral, el reconocimiento facial, adaptar el comportamiento para mejorar la interacción, evitar choques y reconocer y responder ante emociones (29).

Los robots ya han llegado, y más están en camino. Los robots han salido de las cadenas de montaje de las fábricas para circular por las carreteras, como sucede con los primeros prototipos de coches o camiones autónomos, para volar en espacios aéreos más bajos para entregar mercancías por medio de drones o realizar reconocimientos para detectar construcciones no declaradas, por ejemplo. También están reemplazando a los electrodomésticos para crear hogares conectados e inteligentes, y, asimismo, están viajando a lugares más allá de la capacidad humana para abrir nuevas fronteras al

(28) ORTEGA, Andrés, “La imparable marcha de los robots”, ob. cit., ps. 49 y anteriores.

(29) La información sobre esta empresa y sus robots puede encontrarse en <https://www.ipalrobot.com>.

descubrimiento espacial. Es también muy común la referencia a las posibilidades que los robots presentan con la anglosajona expresión *the 3 D*, esto es, permiten afrontar tareas que se caracterizan por los tres adjetivos que empiezan por “d”: *dull* (tedioso), *dirty* (sucio) y *dangerous* (peligroso) (30).

El futuro que nos parece ciencia ficción está a la vuelta de la esquina, y el derecho deberá decidir si estas máquinas merecerán algún *status* diferente de las simples cosas: ¿serán embargables tengan el destino que tengan?, ¿requerirán algún control de fabricación o de transferencia por parte del Estado?, ¿podrán revelar datos sensibles de sus dueños que será necesario proteger?, ¿habrá una justicia rápida impartida por robots?, ¿los abogados serán reemplazados por máquinas inteligentes? (31). Estas son solo algunas de las preguntas que los operadores jurídicos podemos hacernos, hasta donde llega nuestra actual imaginación. En este modesto trabajo solo tratamos de responder si es necesario asignarles personalidad jurídica a los robots.

V. La Cuarta Revolución Industrial

Los cambios legislativos suelen seguir a los económicos; por ello, no podemos dejar de mencionar que en materia de robótica e IA se habla de una “Cuarta Revolución Industrial” (32). La Primera Revolución Indus-

(30) BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Robótica, inteligencia artificial y derecho”, *CIBER Elcano*, nro. 36, Ed. Real Instituto Elcano, Madrid, septiembre de 2018.

(31) En Estados Unidos, Winston & Strawn es uno de los bufetes que adoptaron la tecnología de revisión legal conocida como codificación predictiva. Los abogados marcan la información relevante en un subconjunto de documentos y con ello alimentan un programa informático que la utiliza como base para analizar todo el conjunto de datos. El programa, entonces, identifica y saca a la superficie pruebas potencialmente relevantes para que los abogados las examinen posteriormente (“Watson, el robot abogado que inventó IBM”, *elcronista.com*, 07/01/2015).

(32) En el Foro de Davos, en enero de 2016 hubo un anticipo de lo que los académicos más entusiastas tienen en la cabeza cuando hablan de Revolución 4.0: nanotecnologías, neurotecnologías, robots, IA, biotecnología, sistemas de almacenamiento de energía, drones e impresoras 3D serán sus artífices. Pero serán también los gestores de una de las premisas más controvertidas del cambio: la Cuarta Revolución podría

trial, entre 1750 y 1830, fue la de la mecanización, la energía de vapor, los trenes y las nuevas máquinas. La Segunda, la de la electricidad, el motor a combustión y el agua corriente, tuvo lugar entre 1870 y 1900, en ciertos casos algunos años más tarde. La Tercera fue la de los ordenadores e internet. Es curioso cómo las dos Revoluciones Industriales anteriores han ido de la mano de un nuevo tipo de energía, mientras que la Tercera ha roto con ese patrón; aunque se inició antes, realmente comenzó a permear a partir de 1960. Ahora estamos en esta, que el Foro Económico Mundial de Davos calificó como la Cuarta. No se sabe si habrá una Quinta Revolución o habremos entrado en una que será permanente (33).

La trayectoria de cada una de las Revoluciones Industriales nunca ha sido fácil, ni directa. El tipo de trabajo se transforma. La mecanización y la producción en masa trasladaron a millones de personas de la producción agrícola y el campo al trabajo en fábricas y ciudades. Los ordenadores y el desarrollo de los medios de transporte hicieron posible la construcción de cadenas de abastecimiento más extensas y flexibles, que han atravesado fronteras y convertido los mercados locales en mercados globales y más interdependientes que nunca. La Cuarta Revolución Industrial nos exige pensar lateralmente, uniendo industrias y disciplinas antes delimitadas de forma precisa. Los biólogos ahora deben ser también programadores y saber estadística si quieren explotar el potencial de la ciencia genómica. Las empresas financieras, desde los bancos hasta los fondos de inversión, contratan hoy a especialistas cuantitativos que puedan estudiar grandes volúmenes de datos en busca de información sobre el comportamiento de los clientes y oportunidades de inversión. Esta Revolución generará millones de nuevos empleos para aquellos que posean las capacidades y la formación adecuadas (34).

acabar con cinco millones de puestos de trabajo en los 15 países más industrializados del mundo (PERASSO, Valeria, *BBC Mundo*, 12/10/2016).

(33) ORTEGA, Andrés, “La imparable marcha de los robots”, ob. cit., p. 20.

(34) BOTIN, Ana, “Prólogo”, en SCHWAB, Klaus, *La Cuarta Revolución Industrial*, Colección Debate, Ed. Penguin Random House, Madrid, 2017.

La Cuarta Revolución Industrial (RI-4) corresponde al uso de robots —máquinas programables— y de IA —máquinas que aprenden— en la producción, lo que afecta la existencia del trabajo humano, repetitivo o creativo. Ello, a su turno, incide en la organización de los negocios que están directa o indirectamente relacionados con esta Revolución, pues se requieren nuevas formas de organización del trabajo, la distribución y el intercambio (35).

Hay quienes se muestran más pragmáticos y alertan que la Cuarta Revolución no hará sino aumentar la desigualdad en el reparto del ingreso y traerá consigo toda clase de dilemas de seguridad geopolítica. Pero lo cierto es que la legislación y la actividad de los operadores jurídicos no escapan a este proceso.

En el ámbito jurídico, encontramos a nivel global las experiencias de *softwares* automatizados para la elaboración de escritos judiciales, contratos inteligentes (*smart contracts*), abogados andróides o *cyborg* (abogado robot Ross), algoritmos para la resolución de disputas legales y para la predicción de las sentencias (Watson-IBM). Estonia ya se encuentra en la primera fase y prueba piloto del proyecto de jueces robots, es decir, la implementación de IA para decisiones jurisdiccionales. En similitud, China presentó (en 2019) el Tribunal de Internet de Pekín, un centro de litigios en línea en el que un juez de apariencia femenina, con cuerpo, expresiones faciales, voz y gestos —todo ello modelado sobre la base de un ser humano que, incluso, “respira”—, basado en la IA, resolverá litigios simples, aunque en esta primera fase funcionará de apoyo a los jueces de verdad (36).

El derecho es tan humano como quienes lo escriben, estudian, ejercen y critican. Resulta ser, en su faz positiva, el reflejo de una cosmovisión y la impronta de cualquier sociedad. Por ende, el derecho, como ciencia, evoluciona junto al hombre, adaptándose a sus necesida-

(35) AMÉSQUITA ZÁRATE, Pascual R., “La Cuarta Revolución Industrial, algunas implicancias en las escuelas de negocios”, *Palermo Business Review*, Ed. Fundación Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2018.

(36) ADARO, Mario, “La formación de las abogadas y los abogados ante la digitalización del proceso”, LA LEY del 31/08/2020, p. 4; LL AR/DOC/2881/2020.

des y enfrentándose a sus desafíos contemporáneos. Frente al gran impacto que tiene la IA en la sociedad irrumpe la necesidad de diseñar un marco regulatorio. El desafío principal estriba en determinar si nuestras bases son suficientes para contener el fenómeno informático o si esta demanda genera nuevas ideas jurídicas. A pesar de los grandes beneficios que han traído los robots, se ha constatado que existen ocasiones en las que, durante el desarrollo de sus tareas, pueden suscitar un riesgo para otros. En ciertos casos, los algoritmos se alejan de lo dispuesto por el diseñador del *software* o programador, tomando sus propias decisiones, asumiendo una autonomía completa e, inclusive, accediendo al propio diseño del programa (37).

La pregunta es si estos desafíos se solucionan otorgando a los andróides una personalidad diferenciada de sus creadores, dueños o usuarios. De esto nos ocuparemos en los acápites que siguen.

VI. La persona y la personalidad

La persona y la personalidad han sido y son eje de discusión para el derecho. Evidentemente, detrás del concepto legal de persona existe una sola realidad: el hombre (en forma aislada o como grupo humano personificado), quien es (al menos por ahora) el único sujeto de la relación jurídica (38). El hombre y la vida social son la razón del derecho, pues sin vida social el derecho no puede cumplir su función de instrumento de organización justa de la convivencia (39).

(37) FOSSACECA (h.), Carlos A. — MOREYRA, Pilar, “Aproximaciones a la responsabilidad civil por la utilización de inteligencia artificial y derecho de los robots. Una mirada jurídica”, RCyS 2020-VIII, 20.

(38) Es conocida la referencia a que el término “persona” proviene del término latino *personae* (*per* y *sonae*: sonar a través de), y era el nombre de la máscara o careta que usaban los actores, y que ayudaba a resonar sus voces. “Por una serie de transposiciones se aplicó la palabra persona al actor, y luego a los actores de la vida social y jurídica; es decir, los hombres considerados como sujetos de derecho” (CASTÁN TOBEÑAS, José, “Derecho civil español, común y foral”, 14ª ed. actualizada por José Luis de los Mozos, Ed. Reus, Madrid, 1987, t. I, vol. II, p. 114).

(39) DÍEZ-PICAZO, Luis — GULLÓN, Antonio, “Sistema de derecho civil”, 11ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2005, vol. I,

El derecho existe por y para el hombre. Fue el hombre como ser social quien, en el inicio del tiempo, ante la necesidad de prevenir y resolver conflictos, creó el derecho, de manera, pues, que siendo el ser humano la persona por antonomasia no es difícil deducir que todo el sistema legal gira siempre alrededor de tal noción. Una noción filosófica de persona señala que es toda sustancia individual de naturaleza racional. Pero tal definición, que se corresponde con la idea de ser humano y coincide jurídicamente con la persona natural, es incompleta o inválida para el ámbito jurídico, porque no incluye la persona incorporal o persona jurídica en sentido estricto (40).

Siempre hemos entendido, como lo hace Saux, que persona es el correlato del sustrato humano, de su libertad y su dignidad, individual o colectivamente considerado; que tal virtud lo torna protagonista de relaciones jurídicas en diversas situaciones legitimantes activas o pasivas, y que lo erigen en la categoría de sujeto de derechos y deberes correlativos (41). O, como sostiene Tobías, que la persona es una categoría natural que está por encima del derecho positivo: el ser humano es un dato anterior, preexistente y trascendente al derecho (el cual existe y se justifica en tanto tiene por misión solucionar los conflictos interindividuales o sociales); un *prius* respecto del derecho, puesto por el legislador —que surge de su *dignitas*—; que aquel, que es obra del hombre, no puede dejar de reconocer (42).

En las palabras de Cifuentes, el concepto de persona está creado por el hombre, sirviéndose del derecho, y contiene en sí una realidad conceptualizada. No es un concepto creado únicamente por el derecho, sino identificado con el hombre como elemento material. *Es el hombre conceptualizado en un modo específicamente ju-*

p. 213.

(40) DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, “Manual de derecho civil I (Personas)”, Ed. Paredes, Caracas, 2011, p. 39.

(41) SAUX, Edgardo I., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 25.

(42) TOBIÁS, José W., “Derecho de las personas”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 6.

ridico. Si desapareciera de la escena el hombre, no habría concepto jurídico de persona (43).

Para el pensamiento posmetafísico moderno, la noción de persona va a sufrir un cambio radical, pues ya no va a echar sus raíces en la ontología, en el ser (y propiamente en el ser persona), a la que explícitamente se va a repudiar. Ya no se considerará “persona” al *suppositum*, *hipóstasis* o *subsistencia de naturaleza (ousía)* racional, sino al sujeto de alguna funcionalidad vital a la que se le reconoce el atributo de ser el origen de la personalidad o *personidad*. Actualmente, muchos distinguen entre *ser humano* y *persona humana*, pues, mientras que aquel es todo individuo de la especie humana, a la persona humana se la identifica con el *status* de un sujeto, solo en tanto realiza alguna función vital (la racionalidad en acto, la percepción placer-dolor, la dimensión relacional, etc.), o con el reconocimiento público (concepción política de la persona), que concede dicho *status* de persona al sujeto (humano o no humano) poseedor de alguna nota característica, no de su ser (porque eso sería ontología metafísica), sino de su funcionalidad operativa, por lo cual afirman que el hombre no es persona, sino que se hace persona a través de una evolución progresiva y puede dejar de serlo al desaparecer la función vital con la que identifican la personalidad (44).

Pero la realidad no se impone al hombre como fatal e inevitable, imposible de aprehender, sino como algo que puede descubrir entrañablemente, en sus esencias, reconociendo las causas y operando sobre ellas, en la medida de su finitud y limitaciones. La búsqueda de la esencia de las cosas, entendidas no como *res* corpórea sino como *res extensa*, todo lo que es, la realidad misma, es factible mediante el uso de la inteligencia que ilumina y la razón (45). Desde esta perspectiva debemos acercarnos a los

(43) CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 123.

(44) VIGO, Rodolfo L. — HERRERA, Daniel A., “El concepto de persona humana y su dignidad”, *Rev. Derecho Privado y Comunitario*, 2015-3, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 22.

(45) S.S. JUAN PABLO II, “Encíclica *Fides et Ratio*”, citada por CONTE-GRAND, Julio, en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 118.

“nuevos contornos de la personalidad” que nos presenta la actualidad.

Por el momento, el ser humano (solo o como grupo humano personificado) sigue siendo el único “sujeto” de la relación jurídica; sin embargo, no podemos dejar de advertir que ya existen contratos celebrados entre máquinas inteligentes, sin ninguna intervención humana. No sería descabellado considerar que robots inteligentes podrán “agruparse” en algún tipo de organización o persona jurídica. Esos seres con una inteligencia artificial, que creamos para que “se nos parezcan”, ¿deberán ir gozando de algunas prerrogativas jurídicas? Los conceptos del presente deberán ser necesariamente revisados en pocos años; el camino se ha comenzado a transitar.

VII. La resolución del Parlamento Europeo del año 2017

Un hito importante en la discusión sobre una “personalidad robótica” fue el Proyecto de Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo de fecha 31/05/2016, que contiene recomendaciones dirigidas a la Comisión sobre normas de derecho civil sobre robótica, con una ponencia de la eurodiputada Mady Delvaux (46). De ese Proyecto surgió la resolución del Parlamento Europeo del 16/02/2017.

La mencionada resolución contiene una serie de recomendaciones para el legislador, entre las que podemos mencionar:

a) la creación de una “Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial”;

b) la elaboración de un código de conducta ético voluntario que sirva de base para regular

(46) La ponencia destaca que el desarrollo de la tecnología robótica debe orientarse a complementar las capacidades humanas y no a sustituirlas; considera fundamental garantizar que, en el desarrollo de la robótica y los sistemas de IA, los seres humanos tengan en todo momento el control sobre las máquinas inteligentes; estima que debe prestarse especial atención al posible desarrollo de un vínculo emocional entre seres humanos y robots —especialmente en el caso de grupos vulnerables, como niños, personas mayores y personas con discapacidad—, y destaca los problemas que pueden plantear las graves consecuencias físicas y emocionales que este vínculo emocional podría causar a los seres humanos.

quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas pertinentes. Prevé, por ejemplo, la exigencia de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia. Y recoge la necesidad de acordar una Carta sobre Robótica;

c) promulgar un conjunto de reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots;

d) crear un estatuto de persona electrónica;

e) estudiar nuevos modelos de empleo y analizar la viabilidad del actual sistema tributario y social con la llegada de la robótica;

f) integrar la seguridad y la privacidad como valores de serie en el diseño de los robots; y

g) poner en marcha un Registro Europeo de los Robots Inteligentes.

La citada resolución estima que los referentes éticos de la robótica deben ser la seguridad y la salud humanas, la libertad, la intimidad, la integridad, la dignidad, la justicia, la equidad, la autodeterminación, la no discriminación, la no estigmatización, la protección de datos personales, la transparencia, la responsabilidad, así como los principios de beneficencia y no maleficencia.

Parece, por lo que venimos diciendo, que el Parlamento Europeo apoya la creación de una nueva figura intermedia entre las cosas y las personas físicas para gestionar los problemas entre las personas y los robots, lo cual sería otra persona ficticia, como lo son las personas jurídicas. En Estados Unidos se habla de persona artificial.

Hay quienes afirman que, basada en una IA de las denominadas “fuertes” (aquellas que no simulan una mente humana, sino que lograrían un pensamiento similar a un humano), un robot programado en forma adecuada con un cerebro basado en la química de silicio podría ser consciente, podría tener un “yo”. Mejor dicho, podría existir un yo consciente cuyo cuerpo sería el robot y cuyo cerebro sería el ordenador.

Pero la inteligencia humana lo es porque va acompañada de consciencia, y esta solo es posible en el cerebro humano; esta consciencia es lo que hace humano al pensamiento. La consciencia reside en la capacidad del cerebro de pensar en sí mismo como ente capaz de pensar en sí mismo. Este nivel se alcanza partiendo de patrones de pensamiento autorreferentes.

Así, la complejidad neuronal humana es muy difícil de emular en un cerebro electrónico; hay pensamientos humanos que no son reproducibles en un ordenador; los humanos podemos pensar sobre nosotros mismos como sujetos pensantes (de hecho, lo estamos haciendo continuamente, siendo esta autointrospección lo que más genuinamente consideramos como “consciencia”). Esto demuestra la necesidad de algo más que un algoritmo para la resolución de problemas causados por la autorreferencia (47).

VIII. Las críticas a la personalidad electrónica y el incentivo de una IA “fiable”

Más de doscientos expertos de distintas disciplinas, entre los que figuran juristas como Nathalie Navejans, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Artois, enviaron una carta dirigida al presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en la que pidieron que no se les dé a los robots el estatus de personas, aún electrónicas.

Los principales argumentos para tal petición fueron los siguientes: a) reconocer el estatus de personas a los robots supondría reconocerles derechos, lo cual no parece de recibo; b) considerar a los robots como personas, amén de implicar una sobrevaloración de las capacidades de aquellos, supondría poder asegurarlos y reclamarles responsabilidades a título personal, lo cual es bueno —dícese— para los fabricantes, que eludirán las consecuencias de lo que pudieran hacer las máquinas; c) conceder responsabilidad a los robots es escudarse en las máquinas para que no pueda exigirse responsabilidad a los humanos; d) asignar personalidad a los robots iría en contra del elevado rango, que reserva tal posibilidad a las mujeres y a los hombres, cuales las que regulan los derechos

(47) LACRUZ MANTECÓN, “Potencialidades de los robots...”, ob. cit., p. 53.

humanos, las libertades públicas y los derechos fundamentales.

La Comisión Europea remitió, pocos días más tarde de esa carta, una comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social, y al Comité de Regiones, titulada “Inteligencia artificial para Europa”, que lleva formulaciones y puntos de vista no coincidentes —cuando no distintos— con los contenidos en la carta referida de los expertos (48). De ese grupo surgió la idea del Proyecto de Directrices Éticas con relación a la Inteligencia Artificial, que fue publicado el 18/12/de 2018 (49); su objetivo último era, en conjunto, que los gobiernos y las empresas invirtieran al menos 20.000 millones de euros al año en investigación para IA a partir de 2020.

Posteriormente, la Comisión Europea presentó, el 08/04/2019, una comunicación al Parlamento Europeo denominada “Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano”. De acuerdo con esta última declaración, se propugna lograr una “IA fiable” y, para ello, son necesarios tres componentes: 1) debe ser conforme a la ley, 2) debe respetar los principios éticos, y 3) debe ser sólida (50).

En este último informe no se menciona el tema de la personalidad electrónica y se advierte que los potenciales impactos negativos de los sistemas de IA deben señalarse, evaluarse, documentarse y reducirse al mínimo. Lejos de proclamar una personalidad robótica que asumiría las consecuencias de hechos dañosos, se advierte que, cuando se produzcan efectos adversos injustos, deben estar previstos mecanismos accesibles que garanticen una reparación ade-

(48) ROGEL VIDE, Carlos, “Robots y personas”, ob. cit., p. 23.

(49) El documento consta de 3 capítulos y se acuña la expresión “inteligencia artificial confiable” (*trustworthy AI*). Se resalta la idea de desarrollar una IA que sea digna de confianza. Dos son los principios fundamentales que emanan de ese documento: a) propósito ético: la IA deberá respetar, como decíamos, los derechos humanos y la regulación vigente; b) robustez técnica: la IA deberá garantizar que, incluso siendo usada con buenas intenciones, la falta de pericia tecnológica en su manejo no causa un daño involuntario.

(50) El informe puede consultarse en <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/ES/COM-2019-168-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF>.

cuada. Por lo demás, se rescata el protagonismo del hombre en este proceso, se recomienda que los sistemas de IA actúen como facilitadores de una sociedad floreciente y equitativa, apoyando la intervención humana y los derechos fundamentales, y no disminuir, limitar o desorientar la autonomía humana. El bienestar global del usuario debe ser primordial en la funcionalidad del sistema.

La IA está en la agenda científica de la Unión Europea. El mundo está tomando consciencia de los peligros que ocasionaría un desarrollo descontrolado de la IA. Por ello, se ha abierto un debate para conseguir que los sistemas inteligentes traigan consigo beneficios a las personas, y no perjuicios. La atribución de personalidad jurídica a los robots podría significar no un beneficio para los futuros andróides, sino una liberación de cargas y responsabilidades de sus fabricantes, dueños y programadores.

IX. El humanismo y los robots

Isaac Asimov postuló tres leyes que, aunque son fruto de un autor de ciencia ficción, fueron reproducidas por muchos como las normas que deberían regir la relación entre los humanos y los robots.

Ley 1: Un robot no puede dañar a un ser humano o, a través de la inacción, permitir que un ser humano sufra daños.

Ley 2: Un robot debe obedecer las órdenes que le dan los seres humanos, excepto cuando tales órdenes entren en conflicto con la primera ley.

Ley 3: Un robot debe proteger su propia existencia siempre que dicha protección no entre en conflicto con la primera o la segunda ley.

Se ha sostenido la impropiedad del vocablo “humanismo” para expresar un concepto diáfano, como con toda su autoridad lo expresó Heidegger en su célebre “Carta sobre el humanismo”, cuando dice: “Si nos decidimos a conservar esta palabra, ‘humanismo’ significa ahora que la esencia del hombre es esencial para la verdad del ser, de tal modo que lo que importa ya no es precisamente el hombre sim-

plemente como tal”. De esta manera, pensamos un “humanismo” de un género extraño. La palabra nos acaba proporcionando un rótulo que es un *lucus a non lucendo* (luz que no ilumina). De todas formas, coincidimos con Héctor Alegria en que el humanismo hunde su raíz en esencias absolutamente sostenibles y que, a despecho de ciertas inclinaciones, el humanismo no es una mera ideología, sino una vivencia y un principio trascendente. El humanismo, a los fines del fundamento de las soluciones jurídicas (creación, aplicación e interpretación del derecho), se apoya en el concepto de persona y se centraliza en su dignidad (51).

Hemos tenido oportunidad de señalarlo hace poco tiempo: el concepto de dignidad humana está en el centro mismo del derecho internacional de los derechos humanos. Es un derecho reconocido implícita (art. 33) y expresamente (art. 75, inc. 22) por nuestra Carta Magna. La dignidad de la persona se constituye como núcleo central de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948); es fundamento principal de la bioética. El art. 51 del Cód. Civ. y Com. dispone: “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. El precepto legal recoge la idea de que la persona tiene un valor en sí misma y como tal cabe reconocerle una dignidad (52).

Es útil recordar que, en sus orígenes, se hablaba de derechos humanos para fortalecer la posición del individuo frente al Estado. Posteriormente se consagró específicamente lo que se ha dado en llamar “el efecto horizontal” de estos derechos, es decir, su ejercicio y también su obligación con relación a otros particulares. Los Estados fueron requeridos, primero, de una actitud pasiva, es decir, de mero respeto de estos derechos, pasándose después a otorgarles otra misión predominantemente activa, por la que se obligan a introducir sus principios en la legislación interna, a dictar las medidas adecuadas para la concreción de esos derechos y a brindar

(51) ALEGRIA, Héctor, “Humanismo y derecho de los negocios”, LA LEY 2004-E, 1206.

(52) CROVI, Luis D., “La dignidad de los pacientes en tiempos de pandemia”, LA LEY del 20/05/2020, p. 1.

el apoyo jurisdiccional necesario para su aplicación (53).

De lo expuesto surge clara una primera idea: los robots y la IA solo pueden ser concebidos como una forma de progreso en el reconocimiento del humanismo, nunca como un retroceso. Mucha sangre y esfuerzo ha costado a la humanidad la consagración del principio *pro homine*, del cual nos hablaba el recordado Atilio Alterini (54). Ello coincide con el rasgo fundamental que para nosotros tiene el derecho, que es el de estar a favor del hombre. Reconocer este principio como parte de las declaraciones y los tratados de derechos humanos nos lleva necesariamente a recordar que estos tienen una dimensión vertical que se proyecta en la obligación de las autoridades estatales de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos, y una horizontal de respeto recíproco entre los hombres (55).

La revolución de la *Industria 4.0* deberá necesariamente contemplar la progresividad en materia de derechos humanos; los ordenadores, los algoritmos, los sistemas informáticos, los robots y los androides deben servir para seguir construyendo una sociedad basada en la dignidad de la persona; el derecho debe estar muy atento a ello.

Lo advertía hace muchos años Juan Pablo II: “Quizás una de las más vistosas debilidades de la civilización actual esté en una inadecuada visión del hombre. La nuestra es, sin duda, la época en que más se ha escrito y hablado sobre el hombre, la época de los humanismos y del antropocentrismo. Sin embargo, paradójicamente, es también la época de las más hondas angustias del hombre respecto de su identidad y destino, del rebajamiento del hombre a niveles antes

(53) ALEGRIA, Héctor, “Humanismo y derecho...”, ob. cit.

(54) ALTERINI, Atilio A., “El principio *pro homine*”, RCyS 2011-II, tapa.

(55) GARRIDO CORDOBERA, Lidia, “Aplicación de los principios de no regresión, de solidaridad y *pro homine*. Desafío ambiental del siglo XXI”, LA LEY 2014-F, 1199.

insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes” (56).

No se nos escapa que la visión antropocéntrica está siendo puesta en crisis por una visión *ecocéntrica*, y esto ha llevado al cuestionamiento sobre la necesidad de reconocer personalidad a ciertos animales (57) o incluso a áreas protegidas del planeta (58). Pero una cosa es pensar que el hombre no es el único integrante del ecosistema y otra distinta es pretender que el fruto de su propia inteligencia y creación adquiera “personalidad propia”.

X. Reflexiones finales

Sin dudas, prevalece aún una tendencia antropocéntrica y todo tiene que ser a imagen y semejanza de los humanos. Mientras tanto, la sociedad cambia, comienzan a desaparecer los íconos de nuestra sociedad, las cartas, los buzones, los teléfonos fijos, etc. Todo cambia. El tema es de qué manera el derecho asimila los cambios, o si simplemente opera dentro de un travestismo conceptual. Determinada institución o entidad es similar a otra categoría y, en un extremo de simplificación, lejos de asignarle características específicas, naturaleza jurídica independiente o caracteres propios, la solución al estilo de contestador automático es colocarla en un plano similar a otro. Una fotocopia conceptual (59).

En esa línea de pensamiento, parecería que, si una máquina “se nos parece”, “puede pensar

(56) JUAN PABLO II, “Discurso de apertura de la Conferencia Episcopal de Puebla”, III-4, México, 28/01/1979.

(57) Se sostiene que la cuestión de los derechos de los animales debe analizarse desde una perspectiva moral y jurídica. Los animales merecen incluirse en una “comunidad moral”, que les hace merecedores de derechos, y jurídica, que obliga a institucionalizar y reconocer esos derechos, para que sean efectivos en los ordenamientos contemporáneos (REY PÉREZ, José L., “Los derechos de los animales en serio”, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 21).

(58) En ese sentido, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, STC 4360-2018, del 05/04/2018, reconoce a la Amazonia colombiana el carácter de sujeto de derecho.

(59) TRAVIESO, Juan A., “Las personas jurídicas...”, ob. cit.

como nosotros”, la respuesta del ordenamiento jurídico debería ser permitirle a esa “cosa” ser “sujeto” de determinadas relaciones jurídicas. Ahora bien, ¿esta es la única respuesta que puede dar el derecho frente a los robots? Y cabría una pregunta más: ¿es una respuesta inocente o contiene una segunda intención?

Como señala el profesor de Robótica de la Universidad de Bristol (Reino Unido), Jonathan Rossiter, “ni en nuestra sociedad ni en nuestras vidas habrá nada ajeno a la robótica del futuro”. Parece necesario, pues, enfrentarse a una ponderación de los beneficios resultantes y de los riesgos implícitos en la creación, desarrollo, aplicaciones y utilización de los robots, máquinas inteligentes, sensores y demás artilugios tecnológicos asimilables, valorando los beneficios —de todo orden, no solo económico— que se pueden obtener, pero también los límites que no se deben traspasar o los riesgos que no compensa asumir. Cuestión hartó polémica, con toda seguridad, pero ineludible. Es un complejo desafío para toda la sociedad y especialmente para el legislador (60).

Nadie niega que los robots pueden generar beneficios en la productividad de las empresas, en la eficiencia de los tratamientos médicos, en tareas de vigilancia o humanitarias, como el cuidado de adultos mayores o niños. De a poco, irán formado parte de la nueva vida cotidiana. Pero también es cierto que plantean amenazas, que pueden causar daños; es por eso que, junto con el desarrollo de una industria que parece que marcará la potencia de las naciones (61), los juristas deberán tratar de que estas máquinas no perjudiquen a nadie y contribuyan al respeto de los derechos humanos, en los cuales no cabe esperar un retroceso sino una mejora.

(60) MOZO SEOANE, Antonio, “La revolución tecnológica y sus retos: medios de control, fallos de los sistemas y ciberdelincuencia”, en ROGEL VIDE, Carlos (coord.), *Los robots y el derecho*, ob. cit., p. 84.

(61) Si antes se hablaba de la brecha tecnológica entre las naciones, hoy hay que añadir la brecha robótica. Es realista pensar que todos los países van a desarrollar industrias competitivas de fabricación de robots, y quien domine ese campo tendrá también una posición predominante en el mundo. (ORTEGA, Andrés, “La imparable marcha de los robots”, ob. cit., p. 179).

La personalidad electrónica o robótica parece más una conveniencia que una necesidad; un beneficio para sus fabricantes, dueños o tenedores. En este tema no puede pecarse por inocencia. Es cierto que cuanto mayor nivel de autonomía alcancen los robots, más difícil será considerarlos meros instrumentos en manos de humanos, pero coincidimos con quienes sostienen que los robots no pueden ser considerados en sí mismos responsables de los actos u omisiones que causen daños a terceros, sino que siempre existe la posibilidad de atribuir dichos daños a un agente humano que podía haber previsto o evitado el resultado dañoso. Son los operadores, fabricantes o usuarios quienes podrían ser considerados responsables por los actos u omisiones del robot (62). El hecho de que los robots pueden llegar a ser autónomos no conlleva necesariamente otorgarles personalidad; los animales también lo pueden ser, y la responsabilidad por sus actos es de sus poseedores o de quienes se sirven de ellos.

Cuando el mundo comenzó a pensar en la “personalidad de los animales”, la idea fue considerar que, habiendo especies que tienen posibilidad de “sentir” y, por ende, de “sufrir”, no bastaba con dictar normas protectoras que en definitiva piensan en los sentimientos del ser humano, sino que había que otorgarles a esos “seres sintientes” una categoría especial que la diferencie del resto de las cosas (63). ¿Cabe aquí la misma solución? El robot no es un ser que se encuentre espontáneamente en el ecosistema, no es fruto de la naturaleza; es una creación humana. Los robots “imitarán nuestros sentimientos”, pero no tendrán los propios; su programación podrá ser cambiada de un día para el otro para sentir empatía con su nuevo dueño, olvidándose por siempre del anterior. Por cierto,

(62) DÍAZ ALABART, Silvia, “Robots y responsabilidad civil”, en ROGEL VIDE, Carlos, *Los robots y el derecho*, ob. cit., p. 109.

(63) Fue Peter SINGER (1975), en su obra “Liberación animal”, quien sostuvo que todos los animales dotados de un sistema nervioso central somos iguales, y esa consideración igual del dolor debe ser tenida en cuenta. Luego le siguieron otros, como Tom REAGAN (1983) en “The case for animal rights”, en donde se pretende dar un salto de lo moral a lo jurídico. El último escalón en esta línea de pensamiento es la obra de DONALDSON y KYMLICKA, “Zoopolis” (2011), donde se considera a los animales partícipes de una comunidad jurídica.

un robot no es como un perro, que si es abandonado podrá recorrer las calles día y noche en busca de su dueño o dejarse morir de tristeza cuando su amo fallece.

Es posible que un día los robots se autofabriquen y programen entre ellos mismos; también es imaginable que vayan adquiriendo cada día una inteligencia artificial “más fuerte”, tomen decisiones y se rebelen contra sus dueños. Tal vez nosotros no llegaremos a ver esa evolución de los robots, pero que hoy sea una realidad incipiente no puede dejar de inquietarnos como juristas.

Como dijo sabiamente un amigo, el art. 41 de la CN nos obliga a pensar en las generaciones futuras y en la existencia de una categoría jurídica que, hasta hace poco, el derecho civil no contemplaba: las *relaciones jurídicas intergeneracionales* (64). Nosotros debemos ser una suerte de fiduciarios, diseñando herramientas jurídicas eficaces para la interacción entre personas y robots, en un futuro que parece lejos, pero que está muy cerca.

(64) DE LORENZO, Miguel F., “Repensar al ‘otro’..”, ob. cit.

El huracán digital: su incidencia sobre el derecho de autor y conexos

Delia Lipszyc^(*)

Sumario: I. La tecnología digital y la puesta a disposición en línea de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.— II. El derecho de autor en el entorno digital.— III. La tensión entre autores, productores y “consumidores”.— IV. Las etapas del debate sobre el impacto de la informática en el derecho de autor y los derechos conexos.— V. La Directiva europea 2019/790 relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital.— VI. La inteligencia artificial y el derecho de autor.— VII. Conclusión.

I. La tecnología digital y la puesta a disposición en línea de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos

A partir de la popularización de Internet, a fines de los años 80 del siglo pasado, aparecieron crecientemente nuevos temas, nuevos desafíos y una gran paradoja: este formidable medio de difusión de obras era, para autores e intérpretes, no solo una oportunidad sino también una amenaza, porque cada vez se agrandaba más lo que se ha dado en llamar la “brecha de valor” (*value gap*), porque marca la diferencia abismal entre el volumen de la utilización de las obras y el de las remuneraciones que reciben autores e intérpretes. Más adelante volveremos sobre esta cuestión crucial.

Hace más de una década, el autoralista francés Yves Gaubiac resumió magistralmente los efectos de la tecnología digital: “Las obras literarias, musicales y artísticas cayeron en el universo digital tomando desprevenidos y sin una mediana preparación a los titulares de los derechos. Su entrada en dicho universo fue estrepitosa y brutal. El fenómeno de la ‘clonación’, tan conocido en el nuevo universo, no lo era en el analógico, donde la reproducción de obras dependía de un *master* que asegurara su fidelidad; y donde la copia privada estaba limitada,

pues siempre era necesario tener a disposición un soporte original, dado que las sucesivas ‘copias de copias’ no transmitían la calidad del original” (1).

II. El derecho de autor en el entorno digital

Desde hace un tiempo, con frecuencia se dice que el derecho de autor no tiene sentido en el entorno digital, o que debe modificarse, y vemos que se propician toda clase de derogaciones de las facultades exclusivas que las leyes nacionales y los tratados internacionales reconocen a los creadores de obras.

Sin embargo, desde el origen de la moderna legislación sobre la materia, el derecho de autor ha probado su idoneidad para estimular la actividad creativa —al asegurar al autor la posibilidad de obtener una retribución económica, el respeto por su obra y el reconocimiento de su condición de creador—, con el consiguiente provecho para la comunidad al fomentar la creación y difusión de las obras, especialmente de las nacionales.

Esta es la forma de preservar la propia identidad cultural frente a la ingente producción

(1) GAUBIAC, Yves, “Interopérabilité et droit de propriété intellectuelle”, Ed. RIDA, París, 2007.

foránea y su indiscutible acceso a los diversos canales de explotación. Es, a la vez, la forma de lograr una indispensable diversidad cultural, en contraposición con una cultura global única.

En este sentido, cabe señalar el acierto de la sentencia dictada en la Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 02/03/2011 en el caso “SADAIC c. Crazy Confeitería”, al destacar “la incidencia que reviste el derecho de autor sobre la identidad cultural y las implicancias que tienen las sociedades de autores en el estímulo de la creatividad nacional y, en la especie, en la preservación del repertorio musical argentino” (2).

Esta decisión de la Corte Suprema tuvo origen en el fallo de la sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Rosario (provincia de Santa Fe), que había reducido a una quinta parte el arancel de la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) (3).

(2) CS, 02/03/2011, elDial.com AA6946.

(3) La Cámara de Apelaciones rosarina había revocado la decisión del tribunal de primera instancia que admitió el reclamo de pago del arancel fijado por SADAIC por la suma equivalente al 16% de los ingresos de la confitería demandada. La accionada sostenía que ese arancel del 16% se debía aplicar sobre el 20% de los ingresos y no sobre el total de estos, de modo que el 16% quedaba reducido al 3,2%. El argumento de la demandada se basaba en una interpretación tergiversada de la mención del 20% de los ingresos —como tope para la fijación del arancel— establecida en el art. 4.a) del dec. 5146/1969, reglamentario de la ley 17.648 de SADAIC, que dispone: “Para la determinación de sus aranceles la Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música (SADAIC), podrá afectar las siguientes proporciones: a) 20% de los ingresos, cuando se trate de actos o espectáculos para los que se cobre entrada, se perciban valores equivalentes a dicho cobro o este sea propio de su naturaleza. Los organizadores no podrán invocar la entrega de entradas gratuitas ni la gratuidad del acto o espectáculo. En este supuesto se determinará por analogía el producido. [...] Los porcentajes establecidos en los incisos precedentes deberán ser considerados como topes máximos, subsistiendo para las partes la facultad de convenir importes menores”. SADAIC interpuso el recurso de inconstitucionalidad provincial, pero la sala mencionada denegó el recurso. A su vez, la Suprema Corte de la Provincia de Santa Fe rechazó la queja contra la decisión que había denegado el recurso de inconstitucionalidad. SADAIC dedujo, entonces, el recurso extraordinario, que también fue denegado, dando así origen a la presentación

Al hacer lugar a la queja, la Corte Suprema destacó que “una afectación como la que produciría el fallo en examen a los creadores de música —en especial la nacional— atenta no solo contra los derechos económicos de los compositores sino que, en definitiva, repercute sobre la adecuada preservación del repertorio musical argentino que indudablemente contribuye a la formación de la identidad cultural y del patrimonio artístico, aspectos del acervo de la Nación que el art. 75, inc. 19, procura, con especial atención, resguardar” (4).

Pero, hoy por hoy, cuando se menciona el derecho de autor se despierta una hostilidad como nunca hasta ahora, fomentada por una mala prensa de inusitada virulencia, lo cual impide que se advierta la relación existente entre ese derecho y la cultura.

III. La tensión entre autores, productores y “consumidores”

Jane Ginsburg, la profesora de la materia en la Universidad de Columbia (NY), resume la mala reputación que se le hace al derecho de autor con una palabra, y esta palabra es codicia (*greed*). La codicia corporativa y la codicia de los consumidores (5).

La codicia corporativa de la que habla Ginsburg se concreta de muchas maneras, por ejemplo, en los contratos con cláusulas exorbitantes que, casi sin excepciones, los autores y compositores firman con las editoriales de obras musicales (6), y en las presunciones de cesión de

directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el resultado comentado.

(4) Art. 75, inc. 19, últ. párr., CN: “Corresponde al Congreso: [...] Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

(5) GINSBURG, Jane C., “How copyright got a bad name for itself” (18/10/2002), *Columbia Journal of Law and the Arts*, nro. 1, vol. 26, 2002, disponible en <http://ssrn.com/abstract=342182> o [doi:10.2139/ssrn.342182](https://doi.org/10.2139/ssrn.342182).

(6) Por el contrato de edición musical las editoriales conservan bajo su control todas las formas de utilización de las obras y, generalmente, por toda la duración del derecho (la vida del autor y la totalidad del plazo durante el cual la obra permanezca en el dominio privado); los autores les conceden, además del derecho para la producción,

los derechos de los autores en favor de los utilizadores de obras de que están plagadas las reformas legislativas que han tenido lugar en los países latinoamericanos, especialmente a partir de 1993, y que vacían de contenido a los derechos de los autores en áreas que presentan una relevante importancia económica, como son los films, las obras televisivas, los programas de ordenador y, adicionalmente, las obras creadas por encargo y en virtud de un contrato de trabajo (7).

publicidad, distribución y venta de ejemplares impresos en papel, también los derechos para la comunicación pública (la ejecución pública y la emisión, la difusión por redes de cable y la recepción pública de emisiones, etc.), asegurándose, además, una participación proporcional en los ingresos que corresponden al autor por la explotación de la obra en todo el mundo. La participación editorial en la ejecución pública y en los derechos fonomecánicos, corriente en algunos países es: Argentina, 25%; *idem* en Brasil; Francia, 33,33% en ejecución pública y 50% en derecho fonomecánico (*vid.* LIPSZYC, Delia, "Derecho de autor y derechos conexos", Ed. Unesco/CERLALC/Zavalía, 1993, p. 302).

(7) Las legislaciones de los países latinoamericanos tradicionalmente siguieron, a grandes rasgos, la concepción continental europea del derecho de autor, la cual, en varios aspectos sustanciales, es diferente del sistema del *copyright*. En el *copyright* estadounidense, "autor" es la persona que crea la obra, pero se establece una excepción muy amplia: cuando la obra es realizada bajo el régimen de las *works made for hire*, aplicable a las obras creadas en el ámbito de una relación laboral y a las obras creadas por encargo. En este caso, quien encarga la obra es el titular originario del derecho de autor y el *copyright* le confiere la categoría de autor. Sin embargo, debe tratarse de alguna de las nueve categorías de obras definidas en el art. 101[2] de la *Copyright Act*: haber sido creada por un tercero independiente y en virtud de un contrato escrito en el que se haya estipulado expresamente que se aplicarán las reglas de las *works made for hire*. Así, p. ej., en materia de medios audiovisuales, el productor es el titular originario del derecho de autor y considerado como autor de la obra, mientras que el realizador y el guionista no son más que meros asalariados del productor, por lo que sus derechos emanan de la *Labour Act* y no de la *Copyright Act*, y son defendidos por sindicatos de asalariados: los gremios estadounidenses. Pero los guionistas de obras audiovisuales protegidos en los EE.UU. por el derecho laboral tienen importantes sindicatos de trabajadores: las *Writers Guilds of America—East and West—* y un *Theatrical and Television Basic Agreement*, con un listado de mínimos que prevé no solo remuneraciones por derechos de exhibición en salas cinematográficas y de teledifusión, sino también tarifas por las sucesivas pasadas en televisión, desde la 1ª pasada hasta la 13ª y por cada una de las pasadas posteriores (*vid.*

www.wgaeast.org). También los directores, los actores y los ejecutantes musicales están nucleados en sindicatos semejantes: *Directors Guild*, *Screen Actors Guild*, *American Federation of Musicians* y *American Federation of Radio and Television Artists*. Ello no obstante, también en los países latinoamericanos, y en todos los países, se adoptan disposiciones especiales en el caso de las obras cinematográficas (o de las audiovisuales) a fin de que el productor pueda realizar la explotación de la obra sin interferencias inútiles, razón por la cual, en general, se establece una presunción legal de cesión, o bien una presunción de legitimación para realizar determinados actos de explotación, salvo pacto en contrario (Argentina, art. 21). Pero, en particular a partir de 1993, en las reformas legislativas que han tenido lugar en los países latinoamericanos, las leyes han quedado plagadas de presunciones de cesión de los derechos de los autores en favor de los utilizadores de obras (El Salvador, Venezuela, México, Perú, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Panamá y Uruguay —reforma de 2003—). En El Salvador, la ley de 1993 dispone en el art. 30 que "el contrato entre los autores de la obra audiovisual y el productor implica la cesión ilimitada y exclusiva a favor de este de los derechos patrimoniales reconocidos en la ley, así como la autorización para decidir acerca de su divulgación, salvo pacto en contrario". Y el artículo siguiente agrega que esa disposición será aplicable a las obras radiofónicas, con lo cual la presunción se aplica a todas las obras audiovisuales. Normas análogas encontramos en Ecuador (2016), Guatemala (1998), Honduras (1999), México (1996), Paraguay (1998), Perú (1996), República Dominicana (2000), Venezuela (1993) y, más recientemente, en Colombia (art. 20, modif. en 2011 por la Ley de Plan Nacional de Desarrollo). Si bien, por tratarse de presunciones *iuris tantum*, los autores pueden pactar libremente en los convenios que firmen con el productor en forma contraria a esa presunción de cesión, generalmente son muy pocas las situaciones en las cuales el creador puede lograr que se le reconozcan derechos que, en principio, están establecidos por la ley, pero no en su favor sino en beneficio del productor. Otras legislaciones, de manera harto reprochable, extienden la presunción *iuris tantum* de cesión a todas las obras realizadas por encargo, como en Venezuela, el art. 59 (con exclusión de las conferencias o lecciones dictadas por los profesores en universidades, liceos y demás instituciones docentes) y también, aunque de manera un poco más atenuada (porque es en forma no exclusiva y en la medida necesaria para las actividades habituales del comitente en la época de la creación), en Perú; Ecuador, Paraguay y Colombia. También en Uruguay, pero en el art. 29, párr. 4º, de modo análogo a las leyes de México y Nicaragua, se establece: "Queda a salvo el derecho de los autores de las obras musicales o compositores a recibir una remuneración sobre la comunicación pública de la obra audiovisual, incluida la exhibición pública de películas cinematográficas, así como el arrendamiento y la venta de los soportes materiales, salvo pacto en contrario". ¿Y el autor del guion, por ejemplo? Sin embargo, encontramos

Por su parte, los “consumidores” (como se denomina actualmente al público, es decir, a los usuarios finales) han mostrado una creciente codicia en adquirir y “compartir” copias no autorizadas de obras, en especial de música y films en forma libre y gratuita, aunque esta gratuidad sea solo aparente, porque los sitios web que lo posibilitan realizan muy buenos negocios con los ingresos por publicidad que reciben cada vez que el público accede a ellos.

Identifican a los titulares de los derechos solo con grandes, impersonales y no queridas corporaciones —como las llama Ginsburg— sin tomar en cuenta que los creadores y los intérpretes son seres humanos y titulares originarios de esos derechos. Y entre esas odiosas corporaciones incluyen a las sociedades de gestión colectiva de dichos derechos (8).

Todas las tentativas de los titulares de derechos de autor por preservarse de las consecuencias negativas del desarrollo tecnológico son percibidas como ilegítimas, al igual que cualquier aplicación o medida técnica que se pone en el camino de lo que la gente puede y quiere hacer con su propio equipo y en su propio ámbito doméstico.

Como han señalado Cunard, Hill y Barlas, “Naturalmente, los consumidores preferirían acceder a los contenidos a cambio de nada; entonces, ¿por qué pagar por algo que puede obtenerse gratuitamente? Existe, asimismo, la dificultad evidente de convencer a los consumidores del ‘valor’ objetivo de los bienes intangibles. Sin embargo, salvo que el derecho de autor se abandone como mecanismo para el comer-

reformas muy positivas, como en Colombia, donde, a partir de la sanción de la “Ley Pepe Sánchez”, de 2017, se instituyó un derecho de simple remuneración. Anteriormente, en 2010, la “Ley Fanny Mikey” había establecido una remuneración por comunicación pública en favor de los artistas, intérpretes o ejecutantes de obras y grabaciones audiovisuales. Igualmente la ley 1955 de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”, y que presenta novedades significativas para la propiedad intelectual, las industrias creativas, la ciencia y la tecnología.

(8) GINSBURG, Jane C., “How copyright got a bad name for itself”, ob. cit.

cio de la propiedad intelectual, es esencial encontrar una respuesta a esta paradoja” (9).

Pero, de momento, cuando se debate sobre el conflicto que provoca la utilización de medidas tecnológicas para proteger productos digitales y el reclamo del público que por ese motivo se ve impedido de hacer copias privadas (tanto en los países donde existe la excepción de copia privada —que son la mayoría— como en los que no está prevista por la ley, como en la Argentina), activas asociaciones de consumidores y de internautas, apoyadas por poderosos sectores (compañías telefónicas, proveedores de acceso, motores de búsqueda, sitios web, hoteleros, propietarios de cadenas de radio y televisión, cabledifusores, bibliotecas, etc.) interesados en el debilitamiento del derecho de autor, y alentados por catedráticos libertarios que aspiran a adquirir notoriedad o a consagrarse como campeones del acceso a la educación, la información y la cultura, y hasta del derecho a la libertad de expresión, suelen esgrimir una serie de argumentos sobre:

- si la posibilidad legal de obtener copias privadas es una *excepción* al derecho de autor o un *derecho* del usuario;

- si la aplicación de la *prueba de las tres condiciones acumulativas* —o *prueba de los tres pasos*— a las excepciones es una regla solo para legisladores o si también corresponde que los tribunales la apliquen y que interpreten si la excepción tipificada las cumple;

- que las medidas tecnológicas protegen a los productos no por decisión de los autores sino de los productores;

- que al adquirir el producto el usuario paga la remuneración por copia privada y, por tanto, no se le puede privar de hacerla; y

- la tesis de máxima de las agrupaciones de consumidores y de internautas, los académicos libertarios y las bibliotecas: que, además de existir un auténtico “derecho de copia privada”,

(9) CUNARD, J. P. — HILL, K. — BARLAS, C., “Evolución reciente en el campo de la gestión de los derechos digitales”, Décima Sesión del Comité Permanente de Derecho de Autor y Derechos Conexos de la OMPI, Ginebra, 03 a 05/11/2003, documento SCCR/10/2, de 01/08/2003, p. 13.

todas las restricciones al libre acceso y utilización de obras y prestaciones protegidas constituyen exclusiones o limitaciones impropias del derecho de acceso a la información y a la cultura consagrado en los arts. 27.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 15.1, a) y b), del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (10).

Plantean que el derecho de autor constituye una apropiación del conocimiento mediante la creación de mecanismos que generan exclusividad y que, por ello, es la excepción y no el principio.

Esta tergiversación importa contraponer derechos humanos, lo cual es, *per se*, una falacia, porque todos ellos tienen la misma jerarquía y son —como ha señalado Carlos A. Villalba— *derechos distintos y complementarios*.

Esos argumentos evidencian la tensión que causa en la sociedad el reconocimiento al autor de derechos exclusivos y absolutos de utilización económica de su obra.

Antonio Delgado Porrás enseña que en la mayoría de los casos la justificación de las excepciones y limitaciones radica en una composición equitativa, cuando no legítima, de la tríada de intereses concurrente en las producciones intelectuales, a saber: los del autor, los de los explotadores empresariales de las obras y los del público en general (11).

Pero una vez que el público se acostumbró a realizar por sí mismo —o por terceros— ejemplares o copias de las obras, como dijimos, se

(10) El art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (París, 10/12/1948) reconoce en la primera parte el derecho a participar de la vida cultural y a gozar de las artes y del progreso científico, y en la segunda incluye el derecho a la protección de los intereses morales y materiales de los creadores. Anteriormente lo había hecho la Novena Conferencia Internacional Americana (Bogotá, 30/03 al 02/05/1948), en el art. XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En el mismo sentido se expresa el art. 15.1 del Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York, 19/12/1966).

(11) DELGADO PORRAS, Antonio, "Panorámica de la protección civil y penal en materia de propiedad intelectual", Ed. Civitas, Madrid, 1988, ps. 39-40.

empezó a considerar a esta actividad como un derecho, y no solo eso, sino que de la misma naturaleza y nivel jerárquico que el derecho del autor, y a percibir a este derecho de los creadores como un obstáculo para el acceso a la educación, la información y la cultura. Estos argumentos, que ya se habían esgrimido con fuerza entre los años 50 y 60 del siglo pasado (12), resurgieron con inusitada virulencia en los años 90, con el crecimiento exponencial del entorno digital y los hábitos libertarios defendidos por quienes —como dijimos— sostienen que toda restricción al libre acceso y utilización gratuita de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y conexos constituyen exclusiones o limitaciones impropias de derechos fundamentales (como el mencionado derecho de acceso a la información y a la cultura); o bien a beneficiarse de las excepciones legales o, en los Estados Unidos de América, a efectuar usos legalmente permitidos en virtud de la excepción del *fair use*.

IV. Las etapas del debate sobre el impacto de la informática en el derecho de autor y los derechos conexos

Como ha señalado Mihály Ficsor, con el desarrollo de las redes digitales, y en especial de Internet, ya hemos asistido a tres etapas del debate sobre el impacto de la informática (13). Y

(12) Con el tiempo se advirtió que, en realidad, esta dicotomía o contraposición entre los intereses del autor y los del público era solo aparente, porque, así como el público está interesado en acceder a las obras, también el autor quiere que se difundan con la mayor amplitud, porque, salvo casos excepcionales, no crea para sí mismo ni para un círculo íntimo. De modo que el interés del autor es ver divulgadas sus obras lo más extensamente posible, pero —como puede leerse en la Carta del Derecho de Autor de la CISAC, adoptada en su 19 Congreso en Hamburgo, en septiembre de 1956 (cap. I, § 3)— es protegiendo a la creación intelectual en su origen como se favorece de la manera más eficaz el desarrollo general de la cultura y su difusión en el mundo.

(13) FICSOR, Mihály, "La protección del derecho de autor y derechos conexos. Papel que desempeñan los Tratados de la OMPI sobre Internet", conferencia durante la Consulta Regional de la OMPI sobre Comercio Electrónico y Propiedad Intelectual, Buenos Aires, 02 y 03/08/1999; "Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos. La tecnología como respuesta a los retos de la tecnología (Bosquejo)", Seminario Nacional de la OMPI sobre las Medidas

podemos agregar que estamos asistiendo a una cuarta.

IV.1. En la primera etapa se predijo que el derecho de autor y los derechos conexos no serían aplicables en el entorno tecnológico de redes digitales.

Es posible que la idea de la inaplicabilidad de las normas sobre la materia se haya debido a que Internet quedó, en gran medida, marcada por su origen a fines de 1969 en una primera red nacional de computadoras, la *Arpanet*, patrocinada por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América —cuya sigla en inglés era ARPA (*Advanced Research Projects Agency*)—. El propósito específico de esta red era el establecimiento y la experimentación de vínculos de comunicación entre computadoras e investigadores universitarios.

De modo que, al principio, la red tenía un uso limitado, ligado a la investigación y, por ello, es probable que se la vinculara más con la posibilidad de acceder a la información y de reproducirla perfectamente, que con el derecho de autor, al que el público en general y los investigadores en particular suelen ser poco afectos, en cuanto impone restricciones al libre flujo de información cuando esta consiste en obras protegidas por el derecho de autor.

IV.2. Con posterioridad se generalizó un enfoque totalmente contrapuesto: todo podía seguir igual en el derecho de autor, porque este es perfectamente apto también en el entorno de las redes digitales.

Y, en efecto, los derechos de reproducción y de comunicación pública consagrados por todas las leyes de derecho de autor del mundo como los dos derechos fundamentales y exclusivos de los autores de obras literarias, científicas, artísticas, musicales, dramáticas, audiovisuales, etc., cubren todas las operaciones de su utilización con medios informáticos y en el entorno de

Tecnológicas de Protección en los Tratados de la OMPI de 1996 y en el nuevo Código Penal colombiano, Bogotá DC, 25 a 27/04/2001, documento OMPI/DA/BOG/01/2, de 19/04/2001, § I, 2, y “La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos”, OMPI, Ginebra, 2002, p. 102, § 257.

las redes digitales, inclusive si se trata de leyes vetustas, como la ley argentina 11.723, que data de 1933, porque los derechos le son reconocidos al autor con carácter genérico (es decir, sin sujeción a un *numerus clausus*).

Pese a que este reconocimiento genérico de los derechos patrimoniales del autor es característico de la concepción jurídica continental europea, en algunas legislaciones recientemente sancionadas, la puesta a disposición del público en Internet de obras protegidas por el derecho de autor, ofreciendo acceso a ellas en forma interactiva —que es la forma de utilización pública de obras característica de la sociedad de la información—, es objeto de mención expresa.

Por ejemplo, en América Latina encontramos esa mención en la ley dictada en México en 1996 y en la reforma de 2003; en Perú, también en 1996; en las de Brasil, Guatemala y Paraguay, en 1998; al año siguiente, en Honduras y Nicaragua; en la de República Dominicana de 2000; en la de Ecuador de 1998 y en la reforma de 2016; y en las reformas sancionadas en Costa Rica también en 2000 y en Uruguay en 2003.

Pero, aun cuando las leyes no contengan tal mención, esto no es óbice para que el autor disponga igualmente del derecho exclusivo sobre toda forma de utilizar la obra, porque —como dijimos— *los derechos patrimoniales son reconocidos al autor con carácter genérico*, lo cual aparece indicado en las disposiciones legales en distintas formas. Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la sanción de la ley o de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que esta permanezca en el dominio privado.

IV.3. En la tercera etapa se llegó a la conclusión de que solo eran necesarias algunas adaptaciones. Y en el plano de las normas internacionales esas adaptaciones llegaron con los tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT) —habitualmente denominados “Tratados Internet”— adoptados en 1996. Como ha destacado Ficsor —quien, siendo director de la Oficina Internacional de la OMPI, fue uno de los padres de esos tratados—, estos “proponen respuestas adecuadas a todas las predicciones

de que los derechos de autor y derechos conexos, no serían aplicables en el entorno digital y de redes. Los mismos reflejan el reconocimiento de que se hacían necesarios ciertos cambios de las normas internacionales, pero que no se justificaba ninguna transformación fundamental del sistema de derecho de autor y derechos conexos. El nivel de protección de los tratados corresponde prácticamente al del Convenio de Berna y la Convención de Roma, *más* (al menos, en lo que respecta a las principales normas sobre derechos, y a las excepciones y limitaciones a los mismos) al del Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, *más* a lo que todavía se ha agregado sobre la base de la llamada ‘agenda digital’ de los trabajos preparatorios y la Conferencia Diplomática de 1996. Este último nivel agregado consiste en: i) la aclaración de cómo se deben aplicar en el entorno digital las normas internacionales existentes (en particular, aquellas referidas al derecho de reproducción y a las excepciones y limitaciones); ii) alguna adaptación de las normas existentes a las condiciones nuevas (en particular, la extensión del derecho de [primera] distribución y del derecho de comunicación al público a todas las categorías de obras, junto con el reconocimiento de los derechos correspondientes a la ‘puesta a disposición’ interactiva de obras, interpretaciones o ejecuciones grabadas y fonogramas); y iii) la introducción de algunas obligaciones verdaderamente nuevas (en particular, las referentes a la protección de las medidas tecnológicas y la información sobre la gestión de derechos)” (14).

Y el 26/06/2012 la Conferencia Diplomática celebrada en Beijing dio una respuesta positiva y contundente en el mismo sentido, al adoptar el Tratado sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (BTAP), suscribiendo un instrumento internacional largamente reclamado por el sector de los actores en obras audiovisuales, en el cual, respecto de la utilización en el entorno digital en línea, se estipulan normas similares a las adoptadas por los Tratados de la OMPI de 1996, confirmado así su acierto, utilidad y vigencia. El BTAP, considerado por Ficsor “el tercer Tratado Internet de la OMPI”, entró en vigor

(14) FICSOR, Mihály, “Administración colectiva del derecho de autor y los derechos conexos”, OMPI, Ginebra, 1991, p. 102, § 257.

el 28/04/2020, tres meses después de alcanzar las 30 ratificaciones.

IV.4. En la etapa actual, el embate afecta por igual a autores, intérpretes e industrias de productos culturales y de servicios de entretenimiento, y tiene lugar en el entorno digital y en Internet, donde se generó una cultura de “descargar sin pagar” y de “tener una experiencia que permite actuar sobre los bienes digitales: crearlos, compartirlos, modificarlos, etcétera” (15).

Las combativas asociaciones de consumidores y de internautas —ya aludidas (*vid. supra*, III)— reclaman una aplicación cada vez más amplia de los sistemas de excepciones al derecho de autor o —lisa y llanamente— la inaplicabilidad de las normas jurídicas como pretensos adalides de la defensa de “la libertad de conocimiento”, y dirigen sus acciones hacia quienes pretenden limitarla, como si “libertad de conocimiento” fuera equivalente a “libertad de apropiación”. Sus objetivos son, por tanto, los autores, las empresas productoras de contenidos, los gobiernos, las entidades de gestión colectiva y las instituciones que abogan por imponer restricciones a las actividades infractoras.

V. La Directiva europea 2019/790 relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital

La extensa y turbulenta tramitación de la Directiva (UE) 2019/790, de 17/04/2019, relativa a los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, refleja esos intereses en pugna (16).

(15) CHIARIGLIONE, L., concepto vertido durante su exposición en el Congreso Mundial de la CISAC en Santiago de Chile, setiembre de 2000.

(16) A partir de la aprobación de la primera Directiva en 1991, en el seno de la Unión Europea se desarrolló una importante labor armonizadora de las legislaciones nacionales. Se adoptaron diversas Directivas (y un Reglamento) con el propósito de dotar a la UE de un elevado nivel de protección para ese tipo de derechos, al tiempo que sirvieran como estímulo y garantía de las inversiones y la innovación. En materia de derecho de autor y conexos (o “afines”, como mencionan dichas Directivas), las Directivas aprobadas han tratado de suprimir o prevenir diferencias entre las legislaciones nacionales mediante la regulación homogénea de aspectos como la protección

Con ella se pone al día la regulación comunitaria en la materia, tanto para favorecer el acceso a los contenidos digitales en línea y para captar las nuevas necesidades surgidas de la utilización de obras y prestaciones en un entorno digital y transfronterizo, como para disminuir la inseguridad jurídica que a los titulares y usuarios de los nuevos servicios de contenidos en línea les estaba produciendo la falta de actualización de la normativa comunitaria sobre derecho de autor.

Se considera también un paso adelante para cerrar la ya mencionada “brecha de valor” (o “transferencia de valor”), traducción de la expresión inglesa *value gap* con que se alude al desequilibrio fundamental que existe entre el inmenso valor de las obras obtenido por los servicios digitales (17) y el minúsculo valor que reciben los creadores de dichas obras, aunque el consumo de contenidos creativos ha experimentado en la última década un impresionante crecimiento. Sin embargo, actualmente el valor de las obras culturales y creativas es absorbido por las plataformas en línea, en lugar de recibir-

jurídica de programas de ordenador, el plazo o las acciones de protección de los derechos, determinadas categorías de obras, tipos de derechos o formas de explotación, ciertos límites o excepciones y el régimen de las entidades de gestión.

(17) La Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC, fundada en 1926-1927, que representa a más de 230 sociedades de autores en más de 120 países) señala que esos servicios se dividen en distintas categorías, principalmente: plataformas que permiten a usuarios individuales finales cargar contenidos (UGC o plataformas de promoción profesionales, p. ej., YouTube, DailyMotion, SoundCloud, MySpace); plataformas que permiten a usuarios individuales finales publicar enlaces a contenidos culturales, o publicar sus propios contenidos para compartirlos con otros en un entorno de redes sociales (Facebook, Hyves, Twitter, MusicYou, Snapchat, etc.); plataformas que seleccionan, agregan y facilitan el acceso a contenidos existentes en otros sitios web y/o plataformas a través de hiperenlaces y/o incrustaciones (TuneIn, iHeartRadio, NL FM, 6 Seconds, UberRadios, OnLineTV Lite, etc.); plataformas que ofrecen *software* y motores de búsqueda específicos para encontrar, indexar y catalogar los contenidos (limitados a ciertos tipos de contenidos culturales como libros, imágenes, videos, noticias y/o incluyendo contenidos culturales como parte de una oferta general, como, p. ej., Google, Yahoo!, Bing, etc.) (documento de posición de la CISAC sobre la transferencia de valor, CISAC, 26/05/2017, p. 2).

lo los creadores y los medios de comunicación que producen y ponen a disposición del público los contenidos.

A pesar de ello, la Directiva no parece haber satisfecho enteramente ni a quienes esperaban un instrumento más protector de los derechos de propiedad intelectual ni a quienes confiaban en que el texto ayudase a fomentar el desarrollo de nuevos servicios y modelos de negocio en Internet.

La Directiva dispone su entrada en vigor el 06/06/2019 y debe adquirir rango de ley en todos los países de la Unión Europea a más tardar el 07/06/2021. Aunque solo rige en los países parte de la Unión Europea, trasciende a estos como modelo legislativo.

Como es una Directiva compleja, abordaré brevemente los aspectos más significativos:

V.1. *Objetivos*

La Directiva tiene tres objetivos principales:

1. Promover el uso de materiales protegidos por derechos de autor con diferentes propósitos, principalmente relacionados con el acceso al conocimiento, para lo cual introduce excepciones obligatorias a los derechos de autor para *fomentar la minería de textos y datos* (que se define en la misma Directiva como “toda técnica analítica automatizada destinada a analizar textos y datos en formato digital a fin de generar información que incluye, sin carácter exhaustivo, pautas, tendencias o correlaciones”); *favorecer los usos para ilustración de la enseñanza digital transfronteriza y la preservación del patrimonio cultural* (arts. 3º a 7º).

2. Facilitar la concesión de licencias para permitir un mayor acceso a los contenidos, principalmente mediante la provisión de un nuevo sistema que facilite a las instituciones de patrimonio cultural, como bibliotecas, museos y archivos, digitalizar y difundir obras fuera del circuito comercial que formen parte de sus colecciones, también en línea y de forma transfronteriza; una norma específica para la concesión de licencias colectivas ampliadas y mecanismos similares y un dispositivo de negociación para ayudar a las partes interesadas a

alcanzar acuerdos para la puesta a disposición de obras audiovisuales en plataformas de video por demanda.

Además, la Directiva aclara que cualquiera puede utilizar y compartir copias de obras de arte de dominio público sin restricciones (p. ej., la foto de una escultura a la que ya no se aplican derechos de autor), bajo ciertas condiciones (arts. 8º a 14).

3. Protección de publicaciones de prensa para su uso en línea: se otorgan nuevos derechos a editoriales de prensa de la Unión Europea para el uso digital de sus publicaciones de prensa, si bien estos derechos solo se aplican al uso por parte de prestadores de servicios en línea y no al uso privado o no comercial por parte de usuarios individuales. Las acciones de hipertexto y los extractos muy breves de publicaciones de prensa no están sujetos a estos nuevos derechos.

Los autores de las obras incluidas en una publicación de prensa deberán recibir un porcentaje apropiado de los ingresos derivados de su uso (arts. 15 a 23).

En este último objetivo se encuadra la regulación de una remuneración justa para autores y artistas intérpretes o ejecutantes, debiendo prestarse especial atención a la nueva regulación del uso de contenidos protegidos por parte de prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (art. 17) y, también, para el nuevo derecho conexo de los editores de publicaciones de prensa (art. 15).

V.2. Remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación

Los Estados miembros de la Unión Europea deben garantizar que, cuando los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes concedan licencias o cedan sus derechos exclusivos para la explotación de sus obras u otras prestaciones (a una editorial, una productora, etc.), tendrán derecho a recibir una remuneración adecuada y proporcionada.

Al transponer este principio al derecho interno, los Estados miembros podrán utilizar diferentes mecanismos y tendrán en cuenta el

principio de libertad contractual y el justo equilibrio entre derechos e intereses (art. 18).

La Directiva no define la expresión “remuneración adecuada y proporcionada”.

V.3. Obligación de transparencia y derecho de revocación

Los autores y artistas intérpretes o ejecutantes deberán recibir de forma periódica (como mínimo una vez al año) información actualizada, relevante e integral acerca de la explotación de sus obras e interpretaciones o ejecuciones.

Dispondrán de un derecho de revocación, transcurrido un período de tiempo razonable, en caso de que no se dé uso a la obra o a la interpretación o ejecución.

V.4. Modificación de contratos

Se refuerzan los derechos de negociación de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. Tendrán derecho a reclamar una remuneración adicional apropiada y justa a la parte con la que han celebrado un contrato para la explotación de sus derechos en aquellos casos en que la remuneración inicialmente acordada resulte desproporcionadamente baja en relación con todos los ingresos subsiguientes que se generen de la explotación de las obras.

VI. La inteligencia artificial y el derecho de autor

Aunque el desarrollo de la inteligencia artificial suele ser percibido como una consecuencia natural de la evolución de los programas de computación, su desarrollo nos sorprende y plantea más dudas que certezas. La determinación del autor siempre es crucial y puede ser problemática en comparación con nuestra idea de cómo y quién es el creador, porque en el resultado de una obra creada con intervención de inteligencia artificial se presentan muchos intermediarios: el fabricante de la computadora, el autor del programa de computación, el usuario de la máquina y la persona que toma la decisión final.

Aunque de momento no se vislumbra por qué en el futuro ese tipo de inteligencia podrá abolir el derecho de autor, también se plantea que

“Es probable que las cosas se vuelvan aún más complejas a medida que se generalice el uso de la inteligencia artificial por parte de los artistas y las máquinas produzcan mejores obras creativas, lo que desdibujará aún más la distinción entre las obras de arte hechas por un ser humano y las realizadas por una computadora. Los avances monumentales en informática y la enorme capacidad computacional disponible bien pueden hacer que la distinción sea controvertida; cuando se le da a una máquina la capacidad de aprender estilos a partir de grandes conjuntos de datos de contenido, cada vez imitará mejor a los humanos. Y con la suficiente potencia de cálculo, es posible que pronto no podamos distinguir entre el contenido generado por seres humanos y el generado por las máquinas. Todavía no estamos en esa fase, pero siempre y cuando llegemos a ese punto, tendremos que decidir qué tipo de protección, en su caso, deberíamos conferir a las obras creadas por algoritmos inteligentes con poca o ninguna intervención humana. Si bien la legislación en materia de derecho de autor se ha alejado de los criterios de originalidad que premian la destreza, el trabajo y el esfuerzo, quizás podamos establecer una excepción a esa tendencia cuando se trate del fruto de una sofisticada inteligencia artificial. La otra solución parece que va en contra de las justificaciones encaminadas a proteger las obras creativas. Da la impresión de que el enfoque más sensato sería conceder el derecho de autor a la persona que hace posible el funcionamiento de la inteligencia artificial” (18).

(18) GUADAMUZ, Andrés, “La inteligencia artificial y el derecho de autor”, *Revista de la OMPI*, octubre de 2017.

VII. Conclusión

Es obvio que atravesamos uno de los períodos de campañas más intensas contrarias al derecho de autor. Pero la incompreensión de lo que está en juego puede dar lugar a medidas irresponsables o demagógicas —ocultas tras grandes banderas y falsas promesas—, sobre las que se cimentan negocios muy rentables, algunos de proporciones millonarias, de empresas que cotizan entre las más poderosas del mundo, y sobre cuyos riesgos es necesario tomar conciencia, porque no todo lo que permite la tecnología es válido —o debe ser aceptado—, como no se acepta que se espíe a las personas o se atente contra su derecho a la intimidad, por mucho que existan para ello tecnologías fácilmente disponibles y bastante económicas.

Las conquistas de los autores —conquistas que no son más que el elemental respeto de un derecho humano y de preceptos internacionalmente aceptados desde hace más de un siglo— son permanentemente acechadas y puestas en tela de juicio.

De esta manera se minimiza permanentemente la importancia que tiene el sistema de protección internacional del derecho de autor, erigido desde finales del siglo XIX, revisado periódicamente y perfeccionado a lo largo de todo el siglo pasado y el presente, y su valor para el desarrollo del conocimiento —precisa y paradójicamente— en la era del conocimiento.

La ley 11.723 es una ley que prevé el cambio tecnológico y así lo anuncia desde su inicio

Carlos A. Villalba (*)

Sumario: I. La inteligencia artificial (IA) y su impacto en el régimen de propiedad intelectual.— II. El futuro ya existe.— III. ¿Pueden los robots hacer obras de arte?— IV. IA y nuevos derechos de autor.— V. Antecedentes que pueden ser de utilidad para pensar.— VI. Conclusión.

I. La inteligencia artificial (IA) y su impacto en el régimen de propiedad intelectual

En una colaboración publicada en 2019 por este Instituto, *Estudio de los derechos personalísimos. Obra en homenaje al académico Dr. Santos Cifuentes*, aportamos con Delia Lipszyc un artículo titulado “Los derechos de la personalidad del autor de una obra” (ps. 201-218). Señalamos cuáles son los caracteres del *derecho moral* que es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto, así como que es insubrogable por ser inherente a la calidad de autor.

Nuestra ley 11.723 efectúa la inclusión de una obra protegida de una manera amplia y, por ello, resultó natural incluir una norma aclaratoria al establecer en el art. 1º, párr. 1º *in fine*: “en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción”.

II. El futuro ya existe

En plena pandemia de COVID-19, el diario *La Nación* del 10/05/2020 publicó una nota de Pablo Ricardi titulada “La máquina por sobre el hombre: cuando se traspuso la barrera y comenzó una nueva era en ajedrez” (secc. Deportes, p. 3).

En efecto, el 11/05/1997 el campeón mundial Garry Kasparov perdía la partida de ajedrez contra el programa Deep Blue, una creación de IBM. “De allí en adelante, los maestros que se

enfrentaban con programas informáticos tuvieron todas las facilidades y beneficios que no tuvo Kasparov, pero alcanzó para retrasar lo inevitable por unos pocos años: la incuestionable y absoluta superioridad de la inteligencia artificial” (1).

III. ¿Pueden los robots hacer obras de arte?

A su vez, en un artículo de Laura Marajofsky titulado “Creatividad artificial. ¿Pueden los robots hacer obras de arte?”, publicado el 14/08/2016, también en el diario *La Nación* (2), se plantean valiosos interrogantes: “¿Pueden las máquinas ser creativas? ¿Cómo afecta esto nuestra idea de la creación?”. La autora señala que se están realizando investigaciones en terrenos tales como el de los libros de no ficción y los poemas. También que Google lanzó un proyecto por el cual, mediante el uso de IA se pueden crear piezas musicales que sorprenden por su elaboración. Menciona que Leonardo Solaas, cuya especialidad es la generación de dispositivos que intervienen en el proceso de creación de una obra o diseño con cierto grado de autonomía, ha trabajado en temas referidos a cómo adiestrar las computadoras para que hagan arte en lu-

(1) Diario *La Nación* del 10/05/2020.

(2) Véase en <http://www.lanacion.com.ar/1927147-creatividad-artificial-pueden-los-robots-hacer-obras-de-arte>, al que accedimos a través del foro virtual de Propiedad Intelectual creado por Federico Villalba Díaz, al que se incorporó por sugerencia de Federico Vibes.

gar de uno. “Conceptualmente imagino —dice Marajofsky— un cierto nivel de crisis filosófica cuando un artista da una página de instrucciones, y una inteligencia artificial toma billones de decisiones para implementarlas” y se pregunta “¿de quién viene el arte?”. Al referirse a los “temores y antiguas dicotomías” plantea que “podría argumentarse que detrás de todo algoritmo o programa está el hombre, pero estas cavilaciones no parecen matizar la zozobra generada por viejas concepciones y un gran prejuicio hacia lo nuevo”. Al concluir su trabajo, Marajofsky plantea que “nos vemos obligados a repensar la vara con la que caracterizamos nuestra humanidad”.

IV. IA y nuevos derechos de autor

Francis Gurry, siendo director general de la OMPI, frente a la pregunta: “¿Vaticina la aparición de nuevos derechos de propiedad para los datos?”, respondió: “a modo de ilustración pensemos en el Código de Hammurabi babilonio de 1754 a. C. La ley no confiere un derecho de propiedad sobre las ovejas; simplemente establece que es ilícito y punible robar ovejas a un vecino. De este modo, cuando creamos restricciones al libre flujo de los datos en su recopilación, almacenamiento y uso, eso puede llegar a equivaler en algún momento a un derecho de propiedad”. Luego, cuando se le preguntó: “¿Cuál es su punto de vista sobre si una máquina puede obtener un derecho de propiedad?”, respondió: “Si la sociedad considera que se fomentará la innovación confiriendo un derecho a una máquina, esta propuesta puede ganar terreno, pero ¿cómo funcionaría este derecho en la sociedad? En algún momento, un ser humano tiene que obtener ingresos o beneficios de ese derecho. Además, los inventores y los científicos ya utilizan una amplia variedad de tecnologías para desarrollar invenciones y lograr resultados que de otro modo no serían posibles” (3).

V. Antecedentes que pueden sernos de utilidad para pensar

Esta cuestión ha sido históricamente anticipada en producciones artísticas de los géneros más diversos. Hagamos referencia a las obras

(3) GURRY, F., “La propiedad Intelectual en un mundo impulsado por los datos”, *OMPI Revista*, Ginebra, octubre 2019, ps. 4-5.

de los pintores clásicos, en cuyos talleres trabajaban varios discípulos que participaban en la elaboración de las pinturas, esculturas, etc. En nuestro país se resolvió en el caso “Oliva de Macadam, Ana” (CNCrim. y Correc., sala II, 11/08/1992, LA LEY 1993-D, 357, con comentario de Carlos A. Villalba), en el cual una pintora de cuadros de estilo *naif* celebró un contrato por el cual debía preparar ilustraciones para la edición de una obra literaria. La artista solicitó la colaboración de una alumna suya para realizar tareas técnicas, completando parte de varios de los cuadros que requerían de un trabajo puntilloso que, en la jerga de las agencias de publicidad, se considera una tarea de “pasadora”.

Los cuadros fueron reproducidos en la edición encomendada y los originales se exhibieron en el salón de la misma editorial. La alumna consideró, entonces, vulnerado su derecho de autor por cuanto, en materia de obras artísticas, lo esencial resulta la ejecución personal y, por ello, algunos de los cuadros le pertenecían en su totalidad y otros en coautoría. Por tanto, reclamó para sí el derecho a firmar los cuadros, a que su nombre fuera mencionado en la edición y la propiedad o el condominio de los originales de los que, según los casos, era autora o coautora. Promovió querrela por considerar que se había tipificado un plagio reiterado en concurso real con el delito de apropiación indebida de los cuadros originales.

El tribunal absolvió a la pintora querrelada sobre la base de varias consideraciones: solo ella había conocido el texto de la obra a ilustrar, ya que, la querellante admitió no haberlo leído; entendió que se había probado que la relación entre ambas artistas era la de aprendiz, la querellante y maestra, la imputada.

Los peritos no fueron concluyentes respecto de quién había sido la autora del diseño de las ilustraciones, lo cual, es muy importante en el tipo de obras en las que primero se crea el boceto, luego se calca este y luego se pasa el dibujo y se lo rellena con los trazos correspondientes.

Todo lo expuesto impidió al tribunal pronunciarse en favor de la acusación, ya que no había quedado probado el rol principal que se atribuyó de autora o de coautora de los cuadros. Se tomó en cuenta que, en las ilustraciones como

en el diseño publicitario, la mano del pintor no tiene la misma trascendencia que en obras con otro destino y que es habitual esta fractura de roles entre quien concibe las formas, quien toma y pasa los calcos y luego pone los colores.

En el consid. 3º del fallo de primera instancia se expresa: “Se puede concluir que los trabajos en cuestión son ilustraciones que se asemejan o son ‘diseño gráfico’; de allí que entendamos que la parte principal del tema circula alrededor de la idea y dirección, es decir, la creación, pasando la tarea manual a un segundo plano”.

Como expresara en el comentario a este fallo (ver *supra*), a mi entender tuvo un efecto decisivo la comparación de los trabajos anteriores de la querrela que nada tenían que ver con los de la cuestionada, mientras que entre los trabajos previos de esta última y el de los cuadros materia de la litis se podía comprobar el mismo estilo.

Atento a la importancia que tiene la apreciación de la prueba en la decisión judicial y la preponderancia que tiene la apreciación subjetiva de los jueces se hace ocioso elucidar su acierto. En cambio, entiendo que es de sumo interés incursionar en el tema mismo de la creación intelectual.

En otros países hallamos situaciones similares en las que la Justicia encontró dificultades para resolver esas cuestiones. Por ejemplo, en Francia, en el caso “Montpezat”, la Corte de París (sent. del 10/06/1986) hizo lugar a la acción de un escritor que demandó el reconocimiento público de su calidad de autor y una indemnización al editor que lo había contratado como escritor “duende” (o fantasma) para reescribir todas las obras futuras de su fondo editorial, fijándose la remuneración en una suma mensual y un porcentaje sobre las ventas. De acuerdo con el contrato, el escritor “duende” colaboró en la redacción de varias autobiografías de deportistas y de personas que habían vivido aventuras singulares.

En la sentencia “Guino”, de 13/11/1973, la Corte de Casación francesa acogió favorablemente la demanda de un artista que había modelado esculturas bajo la dirección del célebre escultor Auguste Renoir. El tribunal puso de re-

salto la autonomía del alumno respecto de las instrucciones de su maestro (4).

Más recientemente, el caso conocido como de la “*selfie* del mono” dio lugar a muchos comentarios causados más por la novedad del caso que por las soluciones jurídicas.

Mariano Donadío (5) relata que “David Slater colocó el trípode con su cámara fotográfica frente a Naruto, un macaco indonesio. Pero el mono le quitó el artefacto y empezó a tomar fotos. Cuando Slater la recuperó, descubrió que entre varias fotografías fallidas había una verdadera gema: la primera *selfie* tomada por un mono. Las cejas enormes y unidas, los ojos anaranjados entreabiertos, una sonrisa de la que emergen dos enormes paletas. La foto fue publicada en el libro *Wildlife Personalities* (2011) y se convirtió en un clásico. La justicia estadounidense revocó los derechos de Slater sobre esta foto, argumentando que fue tomada por un animal. ‘Yo fui el intelecto detrás de las fotos, yo lo preparé todo’, declaró Slater, pero su reclamo fue desestimado, y hoy es una fotografía de dominio público” (6).

VI. Conclusión

La IA tendrá en el régimen legal de la propiedad intelectual una valiosa herramienta para resolver los problemas de autoría, coautoría, titularidad, de obras en colaboración y obras colectivas. También en el sistema de los contratos de obras y aportes técnicos tal como se viene haciendo en el caso de las esculturas en bronce, los

(4) Cits. por GAUTIER, P. Y., “La obra escrita por otro”, RIDA, 139, trad. Juana MARTÍNEZ-ARRETZ, ps. 74 y 78.

(5) DONADÍO, M., “El apasionante asunto de la *selfie* del mono”, *La Nación* de 27/09/2015, Buenos Aires (<http://www.lanacion.com.ar/1831604-el-apasionante-asunto-de-la-selfie-del-mono>).

(6) El juez federal de San Francisco, William Orrick, declaró que el mono no tiene derechos de imagen sobre la instantánea. Ya en 2014, la oficina de derechos de autor de los Estados Unidos de América determinó que si un mono se hace una foto no hay derechos sobre la imagen. “El *copyright* solo protege los frutos del trabajo intelectual” que “se fundamentan en los poderes creativos de la mente”, dictaminó, entonces, la oficina estadounidense (http://www.telecincos.es/informativos/internacional/mono-selfie-Naruto-derechos_de_autor-David_Slater_0_2112075046.html).

grabados, los libros ilustrados, etcétera, en los cuales viene siendo indispensable citar las distintas participaciones.

La función “autor” es esencial para nuestra cultura aun en las obras en las que, por su antigüedad, la persona que creó no signifique nada para nosotros. Lo mismo sucede con el anonimato, fecha de publicación y lugar de origen. En muchos casos recién accedemos a la naturaleza del arte cuando preparamos una demanda o su contestación e interactuamos con los peritos.

No debemos olvidar que la IA nos servirá como un medio de entrenamiento o de preparación de las versiones previas de una obra definitiva, sin descartar que una de las primeras utilizaciones que se hagan sea, en nuestra profesión, la de llevar un expediente, o de preparar una sentencia o una resolución o, inclusive, un trabajo doctrinal. Recordemos que la legislación y la doctrina permiten reconocer la titularidad de la obra cuando el autor coloque en los ejemplares su nombre o, en su defecto, podrá pretender que sea anónima o, en otros casos, usar un seudónimo, pero todo ello deberá ser analizado en los casos concretos.

La prevención del daño en las nuevas tecnologías

La tutela preventiva en las redes sociales

Jorge M. Galdós

Sumario: I. Introducción. Metodología. Conclusión preliminar.— II. Primera parte: Internet y las redes sociales.— III. Segunda parte: La teoría general de la prevención del daño en el derecho privado. Breves reflexiones introductorias.— IV. Tercera parte: La prevención del daño en las redes sociales.— V. El juicio de ponderación. Nuestra opinión.— VI. Los estándares interpretativos sobre la prevención del daño en las redes sociales.— VII. Cierre.

I. Introducción. Metodología. Conclusión preliminar

I.1. Nos proponemos efectuar algunas reflexiones acerca de la prevención del daño en las redes sociales. Para ello, en la primera parte, haremos una referencia genérica a las redes sociales; en la segunda, mencionaremos esquemáticamente las reglas que rigen la teoría general de la tutela preventiva del daño; en la tercera, que amalgama ambos temas, planteamos interrogantes y esbozamos ideas introductorias y provisionales. Todo ello sobre la base de la siguiente y anticipada conclusión: la efectividad de la prevención general del daño en las redes sociales es asimétrica y depende esencialmente de dos factores condicionantes: 1) la naturaleza de la red social involucrada (v.gr., Facebook resulta más amigable que la red global Internet); 2) la etapa en que se presenta: si la amenaza de daño es anterior o posterior a su consumación.

I.2. Nuestra posición es de “pesimismo expectante” para la primera etapa, es decir, para aquella destinada a evitar la producción de un daño (actuar “antes”); en estos casos advertimos dificultades conceptuales y técnicas que la tornan compleja y de difícil concreción (v.gr., evitar el inicio de una campaña injuriosa de difusión de noticias falsas —*fake news*—). En lo relativo a la segunda etapa, esto es, cuando se trata de

enfrentar el daño en curso, participamos de un “optimismo moderado” (1). A su vez, la efectividad de la prevención en esta segunda etapa podrá depender de: 1) cuál es el derecho conculcado (v.gr., derechos personalísimos o derechos patrimoniales); 2) cuál es la red social o el medio tecnológico utilizado; 3) cuál es la naturaleza del contenido dañante o nocivo (información, hechos u opiniones).

II. Primera parte: Internet y las redes sociales

II.1. ¿Qué es Internet?

La doctrina sostiene que Internet es “una gran red integrada por infinidad de redes de computadoras que en la práctica constituyen una suerte de inmensa biblioteca virtual”; una suerte de “biblioteca infinita”, como la que concibió Borges en el cuento “La biblioteca de Babel”. Podríamos decir que cada “sitio”, es decir, cada dirección en esa red, es un libro de esa biblioteca, y que cada página web equivale a una página de esos libros. La sigla “www”, o la web, significa

(1) V.gr., CNCrim. y Correc., sala I, 27/08/2019, “Carrió, Elisa s/ medida cautelar”; CNCrim. y Correc., sala I, 16/06/2020, “C., E. s/ medida cautelar”, Rubinzal Online RC J 3256/20. Se ordenó retirar de un buscador todas las falsas noticias referidas a la detención del hijo de una importante dirigente política nacional.

world wide web, y es un conjunto de redes basadas en la arquitectura cliente/servidor (2).

II.2. ¿Qué son las redes sociales?

Las llamadas “redes sociales en línea” consisten “en servicios prestados a través de Internet que permiten a los usuarios generar un perfil público, plasmar datos personales e información de uno mismo, disponiendo de herramientas que facilitan la interacción con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado” (3). Se afirma que las redes sociales son “aquellos servicios de la sociedad de la información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación (plataformas informáticas) a través de Internet”; “tras la creación de un ‘usuario’ (que otorga la identidad virtual de cada persona), se ‘comparten’ datos, ideas, pensamientos, estados de ánimo, fotos, imágenes, videos y cualquier otro tipo de información” (4). Son especies de “bases de datos” que almacenan información personal de la vida real de sus usuarios (5).

II.3. ¿Cuáles son las redes sociales?

La nómina de redes sociales es extensa: Facebook es la más conocida y utilizada a nivel mundial. Se la usa para “mantenerse en contacto con sus amigos compartiendo fotos, videos, estados personales que indican cuál es la actividad que están desarrollando en ese momento; su fun-

ción principal simplemente es la de conectar personas con personas, sean estos amigos, familiares, compañeros de estudio o de trabajo, o socios de negocios” (6). Por medio de Instagram se comparten fotos, historias y videos; Twitter es una red que permite enviar mensajes de texto plano de corta longitud, con un máximo de 280 caracteres (tuits); LinkedIn se utiliza para acceder al mercado laboral; Tinder, para concretar encuentros sociales y personales; Snapchat admite la remisión de fotos que se borran pero que el remitente puede capturar en su pantalla; Flickr es un sitio que permite almacenar, buscar y vender fotografías y videos; TikTok, una red para compartir videos móviles cortos de entre diez y sesenta segundos. Es muy difundido el uso del WhatsApp, que es un método de envío de *chats* o mensajes de textos para teléfonos móviles de última generación (los *smartphones*); en realidad, constituye un medio de comunicación que prácticamente reemplaza al uso tradicional del teléfono fijo o móvil. YouTube es un sitio web dedicado a compartir videos (musicales, personales, de películas). Se suben a su plataforma más de 500 horas de contenido de video cada minuto; es el segundo sitio más popular después de Google. Este último brinda múltiples servicios y productos: mensajería, correos electrónicos, conectividad, mapas, traductores, etc., y su *slogan* dice: “Nuestra misión es organizar la información del mundo y hacer que sea útil y accesible para todos” (7).

El desarrollo de las redes es abrumador: los usuarios de Facebook envían 31 millones de mensajes y miran 2,77 millones de videos por minuto; en 2015 se sacaron 1.000.000.000.000 (un billón) de fotos y tiene más 1040 millones de usuarios diarios; YouTube cuenta con más de 1000 millones de usuarios activos, y Twitter, con 320 millones de usuarios activos por mes, de los que el 80% accede por dispositivos móviles (8).

(2) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Redes sociales, derechos personalísimos y la libertad de expresión”, LALEY 2017-D, 590; RCyS 2017-XI, 59; LL AR/DOC/2149/2017; PALAZZI, Pablo, “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)”, ED 266-837; MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Cautelar contra una red social. Cuando la libertad de expresión pierde su protección ante el discurso de odio o discriminación”, LA LEY 2018-B, 153, LL AR/DOC/570/2018.

(3) VILLAGRÁN, Paula G., “Nociones de privacidad y seguridad en sistemas de información”, Microjuris del 22/02/2016, MJD7609.

(4) BRODSKY, Jonathan M., “Responsabilidad por el empleo de medios digitales”, en WIERZBA, Sandra M. — MEZA, Jorge A. — BORAGINA, Juan Carlos (dir.), *Derecho de daños*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017, ps. 485-486.

(5) VILLAGRÁN, Paula G., “Nociones de privacidad y seguridad en sistemas de información”, Microjuris del 22/02/2016, MJD7609.

(6) Fuente: <https://definicion.de/facebook/> [consultado el 12/11/2019].

(7) Fuente https://about.google/?utm_source=google-AR&utm_medium=referral&utm_campaign=hp-footer&fg=1.

(8) BRODSKY, Jonathan M., “Responsabilidad por el empleo de medios digitales”, ob. cit., ps. 485-486.

II.4. ¿Cuáles son las principales características de las redes sociales?

En la sociedad de la transparencia, caracterizada por Chul Han como la era de la sociedad “hiperconectada, hipervisibilizada”, sujeta “al encadenamiento” y “al panóptico digital” (9), las redes sociales pretenden difundir conocimientos, valores, emociones, creencias (10); procuran conectar a las personas e interactuar con los “amigos”, los “amigos de los amigos”, los “seguidores”, los usuarios, clientes, dependientes, colegas, o con quienes se comparten valores, ideas, creencias, preferencias recreativas, afinidades ideológicas, políticas, etc. Las redes sociales presentan las siguientes notas típicas: son “inconmensurablemente masivas, básicamente anónimas, los datos son falsificables, no tienen control; no existe el olvido: la información de Internet puede quedar almacenada por siempre en la ‘nube’” (11). “Viralizar” contenidos importa maximizar su divulgación.

II.5. ¿Cuál es la complejidad y problemática actual en las redes sociales?

Las redes sociales exhiben una marcada complejidad que se manifiesta en varios campos y que —en esencia— se evidencia en el cruce de distintas disciplinas que convergen en ellas y las atraviesan transversalmente: las redes sociales son interpeladas por el derecho, las neurociencias, las ciencias sociales, la filosofía, la antropología, la psicología, la sociología, las ciencias de la comunicación, la inteligencia artificial, la teoría del comportamiento, los sesgos cognitivos o heurísticos (que son “errores” o fallas en el razonamiento lógico), entre otras muchas. Se señala que las redes sociales favorecen “emociones y creencias para influenciar en la opinión pública

(9) CHUL, Han-Byung, “La sociedad de la transparencia”, Ed. Herder, Buenos Aires, 2016, ps. 1631, 87-89.

(10) NOGUÉS, Guadalupe, “Pensar con otros. Una guía de supervivencia en tiempos de posverdad”, 1ª ed., Ed. El Gato y la Caja, Buenos Aires, 2018, p. 35.

(11) MÜLLER, Germán, “La responsabilidad de las redes sociales en Internet”, DJ del 21/02/2013; LLP 2013 (mayo); LL AR/DOC/4692/2012.

y en actitudes sociales”, fenómeno denominado posverdad (12).

Algunos datos: las noticias falsas en Twitter van seis veces más rápido que las verdaderas; una falsedad tiene 70% más de probabilidad de ser retuiteada que algo cierto; el 1% de las noticias falsas más difundidas llegan a entre 1000 y 100.000 personas. Para incidir y procurar manipular las noticias o informaciones se actúa sobre la base del siguiente postulado: “Si hay duda se instala la certeza; si hay certeza se instala la duda” (13).

Si bien la finalidad de las redes sociales es compartir y difundir mensajes, ideas, noticias, experiencias, vivencias, también exhibe una faz negativa, porque pueden constituir instrumentos de hostigamiento, de mensajes de odio y de violencia. Se mencionan hasta doce supuestos o modalidades de violencia digital: *ciberbullying* (acoso psicológico); ciberacoso (ataques personales con información confidencial y falsa); trata de imágenes (venta de fotografías); *grooming* (acercamiento a menores con fines sexuales); *phishing* (suplantación de identidad); pornovenganza (difusión de imágenes, íntimas sin consentimiento), etcétera (14).

La incidencia de las redes sociales en el ámbito del derecho es enorme y se presentan dificultades jurídicas de difícil resolución. Se debate sobre el *sharenting*, esto es, el “derecho” de los padres de compartir imágenes y anécdotas de sus hijos menores en las redes sociales sin su consentimiento (15). Se está desarrollando una tecnología conocida como *deepfake* (“un arma

(12) NOGUÉS, Guadalupe, “Pensar con otros...”, ob. cit., p. 35.

(13) *Ibidem*, p. 62.

(14) WIERZBA, Sandra M. — DANESI, Cecilia C., “Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?”, LA LEY del 03/02/2020, 1; LL AR/DOC/199/2020; TOMELO, Fernando, “El impacto de las redes sociales en el año 2011”, LA LEY, *Supl. Act.* del 03/05/2012, 2; LL AR/DOC/1992/2012; PALAZZI, Pablo, “La publicación de imágenes íntimas en Internet y su caracterización como un acto de violencia de género a los fines de la suspensión del juicio a prueba”, LA LEY 2016-C, 123; LL AR/DOC/1127/2016.

(15) BALMACEDA, Tomas, “¿Tenemos derecho a subir fotos de nuestros hijos?”, *Revista Viva*, 22/12/2019, p. 58.

para desacreditar a otro”), que permite combinar en un video una cara por otra y se la usa para “presentar” a personas en situaciones vergonzantes o íntimas. Para acreditar la falsedad de estas réplicas digitales hay que utilizar una especie de antivirus (16), lo que implica que jurídicamente se instala una inversión de la carga de la prueba: la víctima tiene que probar que la persona que “aparece” en la imagen o video no es ella.

III. Segunda parte: La teoría general de la prevención del daño en el derecho privado. Breves reflexiones introductorias

III.1. La prevención del daño como principio general del derecho (17)

Como lo venimos remarcando en varios aportes anteriores, creemos que la prevención o anticipación del daño constituye un nuevo paradigma del derecho privado, un principio general del derecho, que va mucho más allá de la responsabilidad civil, porque está recepta-

(16) BILINKIS, Santiago, “Guía para sobrevivir el presente. Atrapados en la era digital”, Ed. Sudamericana, ps. 240-242.

(17) Nos ocupamos del tema en diversos trabajos: GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LA LEY 2017-E, 1142; RCyS 2019-I, 3; “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, LA LEY 2017-F, 824; RCyS 2018-IV; “El mandato preventivo: una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”, RDD 2016-2: “Prevención del daño”, p. 347; GALDÓS, Jorge M., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, t. VIII, arts. 1710 a 1713, p. 294; “Suspensión y renegociación preventivas del contrato. Una solución posible ante la emergencia por la pandemia del COVID-19”, RCD 1664/2020; “El deber legal de renegociar y la prevención del daño negocial”, LA LEY del 10/08/2020, 1; LL AR/DOC/2567/2020; “La tutela preventiva en el derecho de las familias. Las medidas provisionales patrimoniales y de resguardo de personas (arts. 721 y 722, Cód. Civ. y Com.)”, RDPyC 2020-I: “Cuestiones patrimoniales del derecho de las familias”, p. 287; “La tutela preventiva contractual: suspensión y renegociación del contrato”, en PIZARRO, Ramón D. — VALLESPINOS, Gustavo (dirs.), *Efectos jurídicos de la pandemia de COVID-19* —en prensa—; “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, LA LEY 1997-F, 482, comentario a fallo: CCiv. y Com. Rosario, sala III, 05/05/1997, “M. L. N. c. R. C.”; “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”, JA 1998-III-659.

do transversalmente en todo el nuevo cuerpo normativo del Código Civil y Comercial, que se emplaza en la unidad sistémica del derecho privado, apoyado en el trípode de reglas, principios y valores (arts. 9º, 10, 11, 52, 53, 54, 59, 70, 71, 338, 721, 722, 962, 1032, 1102, 1641, 1673, 1711, 1712, 1713, 1717, 1718, 1719, 1720, 1722, 1725, 1726, 1727, 1728, 1729, 1749, 1750, 1751, 1982, 2035, 2069, 2238; 2603, 2602 y ccds.) (18).

III.2. ¿Qué es la tutela preventiva del daño? ¿Cuáles son las acciones comprendidas?

La acción preventiva, como la denomina el art. 1711, Cód. Civ. y Com., o, con más precisión conceptual, la pretensión preventiva, también denominada tutela de prevención, responsabilidad civil preventiva, responsabilidad-prevención o tutela inhibitoria, prevista particularmente en los arts. 1710 a 1713, 1032 y ccds., Cód. Civ. y Com., constituye: una pretensión típica y autónoma; de derecho sustancial; definitiva o provisoria; principal o accesorio; despachada de oficio o a pedido de parte; mediante la cual se regula el deber legal de impedir la producción del daño y el de evitar o disminuir su continuación o agravamiento.

Sin soslayar calificadas opiniones en contra, como la del Prof. Alberto Bueres (19), entendemos que la responsabilidad civil preventiva consiste en una función normativa de la responsabilidad, de derecho sustancial o de fondo, que —conforme lo prevé el art. 1710, Cód. Civ. y Com.— consagra: 1) el deber general de acción u omisión de no dañar (evitar causar un daño), una suerte de reglamentación del art. 19, CN, que se refiere a la acción potencialmente dañosa [inc. a)]; 2) el de actuar sobre la base de un “plus” adicional de conducta consistente en adoptar de buena fe y razonablemente (con efectos *erga omnes*) las medidas y acciones

(18) SOZZO, C. Gonzalo, en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Gabriel (dirs.), *Tratado de derecho del consumidor*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. III, p. 196.

(19) BUERES, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, LA LEY 2013-A, 835; RCyS 2013-II, 5; LL AR/DOC/328/2013; BUERES, Alberto J., “Obligaciones de medios y obligaciones de resultado”, LA LEY, *Supl. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 2018 (septiembre), 1; RCyS 2019-XII, 3; LL AR/DOC/1828/2018.

necesarias y concretas para impedir un daño, partiendo de la base de que no es exigible el despliegue de conductas heroicas; 3) el de hacer cesar del daño en curso o evitar su agravamiento o continuación, temporal o espacial. La magnitud del daño se relaciona con el aspecto cualitativo (la entidad o medida del perjuicio), y la extensión alude al tiempo de duración o a su prolongación, por lo que se advierte que la tutela comprende todas las etapas y supuestos posibles de evitación de la dañosidad. O sea, actúa: 1) frente a la amenaza de daño; 2) frente al daño consumado.

III.3. ¿Cuáles son los fundamentos de la tutela de prevención?

Los fundamentos del instituto de la anticipación al daño inminente son de fuente constitucional y legal. Constituye una aplicación concreta del mandato constitucional del *alterum non laedere* (art. 19, CN) y de la buena fe. En la doctrina se señala que el deber constitucional de no dañar se funda en el deber de solidaridad y en la buena fe; deriva del “mínimo sentido de solidaridad humana y amor al prójimo” (20); tiene una evidente finalidad axiológica (21), con base “en el deber de cooperación, información y advertencia del daño” (22) y en la prohibición del abuso del derecho, ya que hay obligación jurídica de obrar cuando la abstención no implica el ejercicio abusivo de la libertad de actuar o no actuar (23). La contracara de la figura es la libertad de los demás, porque prevenir, a veces, puede significar afectar la esfera de la libertad de otros (24).

(20) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “Resarcimiento de daños”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 346.

(21) LEIVA, Claudio F., “Una propuesta de delimitación del deber de prevención del daño en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2016-D, 1054; LL AR/DOC/2244/2016.

(22) DE LORENZO, Miguel F., “El daño injusto en la responsabilidad civil”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1996, p. 191.

(23) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, t. III, p. 628.

(24) NICOLAU, Noemí L., “La tutela inhibitoria y el nuevo art. 43 de la CN”, LA LEY 1996-A, 1245.

III.4. La tutela preventiva procesal y la pretensión preventiva sustancial. Nuestra opinión

La escuela procesal se ocupó tempranamente de la prevención cuando estudió la urgencia en el proceso y concibió —doctrinaria y jurisprudencialmente— instrumentos o institutos para asegurar su eficacia y la celeridad, procurando garantizar el resultado final del juicio. Así, a las medidas cautelares clásicas (embargo, etc.) se sumaron las medidas cautelares de creación pretoriana, algunas ahora receptadas en algunas legislaciones procesales locales (v.gr., medidas autosatisfactivas, sentencia anticipada, mandato preventivo). De modo que en el régimen del Código Civil derogado la tutela inhibitoria (que siempre tiene una finalidad preventiva) admitía, como género, dos especies: una acción cautelar (que es provisoria) y otra definitiva, las que se diferencian en su instrumentación procesal (25). Actualmente, a partir del núcleo duro de los arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com., las medidas preventivas podrán tener naturaleza procesal (de los Códigos Procesales), de fondo o sustancial (del Cód. Civ. y Com. y de las leyes especiales) y mixta o bifronte (procesal y sustancial).

El nuevo Código Civil y Comercial otorga la estructura normativa a la prevención procesal y sustancial, que —en nuestra opinión y muy simplificada— comprende:

1) Los procesos urgentes típicos y los especiales; v.gr., acción sumarísima, amparo, *habeas corpus*, *habeas data*, acción meramente declarativa, etcétera.

2) Las medidas procesales cautelares clásicas, asegurativas, provisionales o transitorias; v.gr., embargo, prohibición de innovar, medida cautelar innovativa, etc., reguladas en los Códigos de Procedimiento Provinciales.

3) Las medidas procesales creadas pretorianamente (v.gr., sentencia anticipada) sobre la base de las figuras previstas en los Códigos de

(25) LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela civil inhibitoria y el nuevo art. 43 de la CN”, LA LEY 1995-C, 1217; LORENZETTI, Ricardo L., “La tutela inhibitoria”, LA LEY 1995-C, 1217.

Procedimiento (v.gr., medida cautelar innovativa; art. 230, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

4) Las medidas preventivas provisorias o definitivas de naturaleza sustancial o de derecho privado aquilianas o negociales previstas tanto en el Código Civil y Comercial como en la legislación especial: la medida autosatisfactiva; la sentencia anticipada; el mandato preventivo; el “bozal legal” o “tutela inhibitoria de expresión” o “medida prohibitiva de expresión”; el hábeas Internet judicial preventivo o medida o “tutela inhibitoria de expresión en Internet y en las redes sociales”; la tutela contractual genérica; la tutela preventiva contractual típica del art. 1032, Cód. Civ. y Com.; la renegociación de los contratos, etcétera.

5) La tutela preventiva autónoma. Actualmente está regulada en algunos Códigos Procesales provinciales que legislaron la acción de prevención del Código Civil y Comercial, previendo medidas urgentes o no urgentes (arts. 472 a 475, Cód. Proc. Civ. y Com. Santa Cruz, ley 1418, modificada por ley 3453; arts. 31 y ss., Cód. Proc. Civ. y Com. Mendoza, según ley 9001, vigente desde el 01/02/2018) (26).

6) La tutela preventiva especial, reforzada o preferencial, dirigida particularmente a proteger a personas más vulnerables (ancianos, niños o niñas) o a atender situaciones de desamparo o desprotección (v.gr., la violencia de género); v.gr., la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres; la ley 24.417 Protección contra la Violencia Familiar (art. 7º); la ley 12.569 de la provincia de Buenos Aires de Violencia Familiar [arts. 7º, inc. e), 15 y 20]; las leyes 8226 de Mendoza, 4650 de Río Negro, 2550 de La Pampa, todas de adhesión a la ley nacional 26.485, entre otras.

III.5. ¿Cuáles son las diferencias entre las medidas preventivas procesales y las medidas preventivas sustanciales?

Las principales diferencias entre las medidas preventivas cautelares y las medidas preven-

tivas sustanciales del Código Civil y Comercial son las siguientes: las medidas cautelares o procesales, es decir, las previstas en los Códigos locales de Procedimiento, aseguran la eficacia del proceso, requieren verosimilitud del derecho, peligro en la demora y son provisorias; la tutela material (v.gr., tutela inhibitoria de expresión) asegura o constituye la pretensión principal, requiere del peligro o amenaza del daño (arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.) y puede ser provisorio (v.gr., “bozal legal” que se dicta al inicio del juicio) o definitiva (remoción de un contenido nocivo en Internet). Para que se despachen las tutelas sustanciales es necesario que exista amenaza de daño (art. 1711, Cód. Civ. y Com.), por lo que se debe acreditar una “fuerte apariencia” de derecho, es decir, una probabilidad objetiva más rigurosa, que algunos autores califican de “cuasi certeza”. También la conducta del dañador debe ser antijurídica y no se requiere ningún factor de atribución de responsabilidad (arts. 10, 1710 a 1713, 1032 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

III.6. ¿Cuáles son las medidas preventivas aplicables a las redes sociales? Nuestra opinión

En nuestra opinión, las medidas que generalmente podrán hacer efectiva la prevención del daño en las redes sociales son:

a) Las medidas autosatisfactivas: se caracterizan porque el objeto del proceso se superpone con el objeto de la pretensión sustancial, y el otorgamiento definitivo de la pretensión procesal importa la satisfacción de la pretensión de fondo y la conclusión del proceso (v.gr., el pedido autónomo y urgente de prohibición de injuriar en Facebook). Los requisitos de la medida autosatisfactiva son: a) fuerte probabilidad de la existencia del derecho; b) urgencia intrínseca o una situación urgente de daño; c) contracautela. Están previstas en algunos Códigos Procesales provinciales (27).

(27) GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LA LEY 2017-E, 1142; RCyS 2018-IV; “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, LA LEY 1997-E, 482, comentario a fallo: CCiv. y Com. Rosario, sala III, 05/05/1997, “M. L. N. c. R. C.”; “El contenido y el continente de las medidas autosatisfactivas”, JA 1998-III-659.

(26) DÍAZ GUINLE, María E. — AHUMADA, María L., “La prevención del daño”, LLGran Cuyo, 2017 (septiembre), 1.

b) La sentencia anticipada, tutela anticipada, anticipo o adelanto de jurisdicción o sentencia adelantada otorga antes del fallo de modo provisorio o definitivo el objeto sustancial reclamado (28).

c) El mandato preventivo o de prevención, que constituye una orden judicial, generalmente oficiosa y dictada en la sentencia definitiva, en la que el juez, ante la comprobación del daño o de su amenaza, adopta medidas para evitar, hacer cesar o mitigar el daño presente o futuro o impedir el daño futuro (29).

d) La tutela inhibitoria de expresión. El denominado vulgarmente “bozal (o mordaza) legal”, que preferimos denominar “medida prohibitiva de expresión” o “tutela inhibitoria de expresión” o “interdicción de expresión”. Es un mandato judicial dictado a petición de parte, provisorio o definitivo, cautelar o sustancial, que impone a personas humanas o jurídicas, determinadas o indeterminadas, la prohibición de expresarse o manifestarse públicamente, de modo general o específico (limitado a ámbitos determinados y concretos) con respecto a personas, acontecimientos o sucesos, generalmente vinculados a su esfera privada, familiar o laboral, con la finalidad de proteger los derechos personalísimos del titular del interés invocado. Procura evitar la producción o reiteración de un daño que afecte la intimidad o privacidad, o cualquiera de las otras manifestaciones de los derechos personalísimos (nombre, dignidad, honor, imagen, datos personales, costumbres), su continuación o agravamiento (arts. 51, 1710/1713, 1770, 1771 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

La tutela inhibitoria de expresión constituye una medida prohibitiva, porque restringe la libertad personal y de expresión imponiendo una obligación de abstención o de no hacer,

(28) CS, 07/08/1997, “Camacho Acosta, Máximo c. Grafi Graf SRL y otro”, LA LEY 1997-E, 652; JA 1997-IV-620; DJ 1997-3-59; ED 176-62, con nota de MORELLO, Augusto M., “La tutela anticipada en la Corte Suprema”; CS, 06/12/2011, “P., H. P. y otro c. Di Césare, Luis A. y otro s/ art. 250 del CPC”; LA LEY 2012-A, 352; CS, 11/12/2018, “Olivo, P. E. y otra c. Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, LA LEY 2019-A, 142; RCyS 2019-4, 90.

(29) GALDÓS, Jorge M., “El mandato preventivo: una valiosa herramienta procesal de la responsabilidad civil”, RDD 2016-2: “Prevención del daño”, p. 347.

de origen judicial, impidiendo “manifestarse o difundir libremente ideas, opiniones o informaciones” mediante “signos o enunciados” —según lo enseña el Diccionario—, especialmente mediante la palabra oral o escrita. Puede consistir en una prohibición general o indeterminada (v.gr., prohibición de hablar o referirse a una persona o situación) o especial (limitada a aspectos específicos; v.gr., a su actividad laboral) y comprender distintas formas de comunicación y expresión, interpersonal o en medios de comunicación masiva, Internet o redes sociales (medios gráficos, televisivos, radiales, Facebook, Instagram, Twitter, entre otras). También puede consistir en una prohibición de difundir imágenes, fotos, mensajes de texto, tweets, etcétera.

Requiere de una petición de parte interesada y puede ser decretada de modo provisorio o cautelar (como medida cautelar clásica o provisional o asegurativa) o definitivo (como pronunciamiento que agota o concluye el proceso); de modo general (la prohibición de opinar, difundir, divulgar, exhibir, mostrar o referirse a personas, personajes o acontecimientos, etc.) o particular (la prohibición de referirse al ámbito laboral o familiar de personas) (30).

e) La tutela inhibitoria en Internet. El “hábeas Internet judicial preventivo”, como lo denomina un autor (31), o, en nuestra opinión, medida (o tutela inhibitoria o interdicción) de restricción (o de prohibición) de expresión en Internet, tiene reconocimiento a partir del *leading case* “Rodríguez c. Google”, decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se reclamaba la supresión de las conexiones en Internet que vinculaban a la actora con sitios pornográficos. Se trata de una acción que tutela la intimidad y los derechos personalísimos en

(30) Ampliamos en GALDÓS, Jorge M., “Responsabilidad civil preventiva. Aspectos sustanciales y procesales”, LA LEY 2017-E, 1142; RCyS 2019-I, 3; “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, ob. cit.

(31) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial del hábeas Internet”, DFyP 2014 (diciembre), 135; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en PEYRANO, Jorge W. (dir.) — ESPERANZA, Silvia L. (coord.), *La acción preventiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 357.

Internet mediante el bloqueo de acceso de los contenidos lesivos en la web por intermedio de motores de búsqueda. La Corte estableció, por mayoría, los presupuestos de procedencia de la responsabilidad subjetiva del buscador por los contenidos ajenos: comunicación fehaciente al prestador del servicio cuando la naturaleza ilícita, civil o penal, del contenido es palmaria o evidente; comunicación judicial o administrativa si la determinación del contenido dañoso no es patente y requiere de un esclarecimiento previo. Por su lado, la minoría (voto de los Dres. Lorenzetti y Maqueda), en disidencia parcial, sostuvo que el motor de búsqueda debe bloquearlo inmediatamente en caso de que el contenido sea palmariamente prohibido o ilícito (32). Esta doctrina ha sido reiterada por la Corte Nacional (33).

IV. Tercera parte: La prevención del daño en las redes sociales

IV.1. La problemática de la prevención del daño en las redes sociales

Enumeramos enunciativamente algunas de las principales dificultades adicionales que presenta el abordaje del tema de la prevención del daño en las redes sociales. Ellas son: la diversidad de hechos dañantes (injurias, discursos de odio, pornovenganza, etc.); la multiplicidad de redes sociales dañantes (Facebook, WhatsApp, etc.); la velocidad del daño mediante su viralización; la interacción y participación, muchas veces anónima, de los usuarios de las redes (comentarios, opiniones, críticas, juicios de valor); la asimetría entre el desarrollo y el avance de la estructura tecnológica de las redes sociales y la evolución de los marcos jurídicos, sea propiciando regulaciones normativas, la autorregulación, el control judicial o administrativo, etc.; la insuficiencia del derecho para reaccionar rápida, eficiente y eficazmente y el consiguiente

desequilibrio entre el mundo tecnológico real y el mundo jurídico normativo; la pluralidad de fuentes legales, de distinta jerarquía —convencional, constitucional y legal—, que tutelan Internet y las redes sociales; la diversidad de derechos fundamentales que suelen estar involucrados, generalmente colisionando entre sí, v.gr., libertad de información versus derechos personalísimos (intimidad, vida privada, honor, reputación, dignidad, imagen, identidad, etc., arts. 51, 52, 53, 1770 y ccds., Cód. Civ. y Com.). Habitualmente el conflicto se traduce en la tensión entre la libertad de prensa e información y los derechos personalísimos. También se advierte: la inconveniencia e imposibilidad de aplicar a la responsabilidad-prevención todos los criterios interpretativos propios de la responsabilidad-resarcimiento, máxime porque, por ejemplo, los presupuestos de la responsabilidad-reparación, especialmente la antijuricidad y la amenaza de daño, presentan matices diferenciados (arts. 9º, 1032, 1710 a 1713 y ccds., Cód. Civ. y Com.); la ausencia de criterios interpretativos homogéneos para resolver en la responsabilidad civil reparatoria el conflicto privacidad versus libertad de información; la problemática de la responsabilidad civil en materia de prensa “tradicional” presenta diversos matices que se agudizan cuando se procura trasladar esa matriz a la libertad de información en Internet; la disparidad de posiciones para determinar los sujetos que pueden ejercer la función preventiva, ya que se propone investir de facultades a: los jueces; a los responsables, administradores o gestores de cada red social sobre la base de las normas de convivencia o condiciones de uso preestablecidas unilateralmente al adherir a ella; a organismos administrativos o autoridad de aplicación; a algoritmos controlados por humanos (34); el carácter transnacional del fenómeno y las dificultades para la ejecutabilidad y cumplimiento de las decisiones judiciales, entre otros muchos más.

Todo ello torna difícil procurar obtener “consiliencia”, es decir, unidad de conocimiento para crear un marco unificado de entendimiento.

(32) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2014-XII, 76; eDial.com AA8B00; Fallos 337:1174.

(33) CS, 30/12/2014, “Lorenzo, Bárbara c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, LL AR/JUR/68861/2014; eDial.com AA8C97; CS, 30/15/2014, “Da Cunha, Virginia c. Yahoo! de Argentina SRL y otros s/ daños y perjuicios”, LL AR/JUR/68859/2014; eDial.com AA8C94.

(34) Ver la interesante propuesta de WIERZBA, Sandra M. — DANESI, Cecilia C., “Violencia en las redes sociales...”, ob. cit.

V. El juicio de ponderación. Nuestra opinión

V.1. *¿Qué es el juicio de ponderación? La cuestión en la prevención del daño en las redes sociales. Nuestra opinión*

V.1.a. De modo introductorio señalamos que la colisión entre la libertad de prensa en Internet y en las redes sociales y los derechos personalísimos (al honor, a la vida privada, a la intimidad, a la imagen, etc.) plantea tensiones entre derechos fundamentales cuya solución se ancla en el juicio de ponderación (35).

V.1.b. Nosotros concebimos a la libertad de prensa y expresión como el género comprensivo de la libertad de pensamiento, libertad de expresión artística o política, etc. (36), de obtener y recibir información, por un lado, y los derechos personalísimos —por otro lado— que tutelan la inviolabilidad de la persona humana. Preferimos esta denominación porque se trata de una categoría genérica y amplia que resulta de los arts. 51 y ccds., Cód. Civ. y Com., y que tiene distintas especies o manifestaciones autónomas (el derecho a la intimidad, a la privacidad o a la vida privada personal y familiar, honor, imagen, identidad, entre otros; arts. 51, 52, 53, 54, 55, 1770 y ccds., Cód. Civ. y Com.; arts. 31, 32 y 33, ley 11.723 de Propiedad Intelectual). También podrán concurrir, de un lado, varios derechos fundamentales en colisión: p. ej., la protección de la intimidad y la tutela de menores, enfrentadas con la libertad de prensa (37). Esta tarea interpretativa de identificar y balancear los derechos fundamentales en conflicto presupone un caso judicial difícil (38).

(35) Desarrollamos el esquema más detalladamente —y allí remitimos— en GALDÓS, Jorge M., “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, *ob. cit.*

(36) MOISSÁ, Benjamín, “El derecho a la privacidad y la libertad de prensa”, en TRIGO REPRESAS Félix —BENAVENTE, Marisa (dirs.), *Reparación de daños a la persona. Rubros indemnizatorios. Responsabilidades especiales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. II, p. 94.

(37) CS, “G., A. N. c. S., R. s/ filiación”, ED 267-290/299, en reenvío a CS, 27/12/2005, “Ricardo Alberto Tufano”, Fallos 328:4832; y CS, 12/08/2008, “S. A. M.”, Fallos 331:1859.

(38) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, ps. 191 y ss.

V.1.c. El “balanceo” o juicio de ponderación debe concretarse mediante un juicio o razonamiento argumentativo que tenga en cuenta tres parámetros normativos expresos: la menor restricción posible del derecho, la aplicación del medio más idóneo, procurar la mayor efectividad de la medida (arts. 1º, 2º, 3º, 9º, 10, 51, 52, 53, 1713, 1770 y ccds., Cód. Civ. y Com.). Para concretar la referida armonización es necesario identificar los derechos fundamentales que colisionan; luego, efectuar un encuadre preciso de la situación fáctica; finalmente, emitir el juicio de ponderación mediante el diálogo de fuentes y el razonamiento argumentativo, teniendo en cuenta que aplican valiosas guías hermenéuticas.

V.2. *La opinión de Robert Alexy*

La ponderación es una forma de resolver la incompatibilidad entre principios, es decir, normas *prima facie* o “mandatos de optimización” o “normas condicionadas”, normas abiertas o indeterminadas. En la tesis de Alexy, los principios son normas que ordenan realizar algo en “la mayor medida posible”, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, pudiendo ser cumplidos en diferentes grados. La ponderación se resuelve en cada caso concreto teniendo en cuenta tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y la carga de la argumentación. Alexy la enuncia del modo siguiente: “Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (39). Es decir que, cuanto mayor es la restricción de un principio (v.gr., libertad de expresión), mayor debe ser el grado de satisfacción del otro (v.gr., intimidad). El

(39) ALEXY, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 1997, p. 92; *idem*, “La fórmula del peso”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ecuador, 2008, p. 13; ALEXY, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, LA LEY 2008-F, 785; “Sobre reglas y principios (Entrevista a Robert Alexy)”, LA LEY, *Supl. Act.* del 30/10/2008, 1; LL AR/DOC/2968/2008; BERNAL PULIDO, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad...*, *ob. cit.*, p. 44; *idem*, “Estructura y límites de la ponderación”, *ob. cit.*, p. 228.

juicio de “balanceo”, siempre siguiendo a Alexy, requiere del principio de proporcionalidad que contiene tres subprincipios: principio de idoneidad (la restricción a un principio es idónea y útil para desarrollar el otro principio en colisión); principio de necesidad (o, con mis palabras, acudir al medio menos lesivo, según el art. 1713, Cód. Civ. y Com.); de proporcionalidad en sentido estricto (la realización de un principio justifica la restricción del otro). Luego, la aplicación de la ley de ponderación conduce a tres pasos: primero: definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios (v.gr., libertad de expresión); segundo: definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario (derecho a la intimidad); tercero: definir si la importancia de la satisfacción del principio contrario (v.gr., derecho a la intimidad) justifica la no satisfacción o la afectación del otro (libertad de expresión). Ello se juzga en el caso concreto, según las circunstancias, y el grado de afectación puede determinarse mediante la escala triádica o de las tres intensidades: “leve”, “media” o “intensa”. Estas nociones dogmáticas encuentran cabida en los arts. 1º, 2º, 3º, 51, 52, 53, 1713 y ccds., Cód. Civ. y Com., y fueron en cierto modo receptadas hace tiempo en un precedente judicial que resolvió esta materia (40). No cabe prescindir del “peso abstracto de los derechos”, ya que “en ocasiones puede ocurrir que uno de los principios tenga una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción predominante de la sociedad”, como la libertad de información frente al honor o la intimidad (41).

VI. Los estándares interpretativos sobre la prevención del daño en las redes sociales

VI.1. Pautas generales. Enumeración

En el contexto del complejo fenómeno que describimos, creemos que —de modo gené-

(40) CNCiv., sala L, 04/11/2003, “R. R., A. c. Diario Clarín SA y otros”, LA LEY 2004-E, 278, con nota de Gabriel BEDROSSIAN.

(41) BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, nro. 26, 2003, p. 228; SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, RDD 2016-1: “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 267.

rico— algunas pautas y criterios generales resultan provechosos para el abordaje de la anticipación del daño amenazante en las redes sociales. Las pautas interpretativas que mencionamos completan y actualizan las expuestas en anterior oportunidad (42):

- La función preventiva de la responsabilidad civil prevista en el Código Civil y Comercial y en la legislación especial constituye un sólido andamiaje normativo, muy provechoso tanto para impedir como para hacer cesar su producción y continuación.

- La prevención del daño no constituye censura previa (43).

- Reiteramos que el juicio de ponderación es el método de resolución de los derechos en colisión, que, sobre la base del art. 1713, Cód. Civ. y Com., se sustenta en tres parámetros: 1) procurar la menor restricción posible de los derechos (v.gr., limitar lo menos posible la difusión de contenidos en las redes sociales para no afectar la libertad de expresión); 2) utilizar el medio más idóneo; 3) asegurar la eficacia y efectividad del resultado de la medida preventiva, atendiendo a su finalidad (v.gr., no prohibir la difusión completa de un contenido nocivo en las redes, sino limitarlo a la supresión de la identidad del posible afectado).

- La primacía abstracta de la información: la regla es la libertad de opinión e información, por lo que su restricción deberá ser restrictiva y la carga de la argumentación y prueba recae en quien procura la limitación; es decir, se exige un “razonamiento justificatorio que legitime la función jurisdiccional y conduzca a soluciones razonables” (44).

(42) Remitimos a GALDÓS, Jorge M., “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, *ob. cit.*

(43) TOBÍAS, José W., “Derechos personalísimos y libertad de información”, LA LEY 2008-A, 620; LL AR/DOC/3951/2007.

(44) GRAJALES, Amós A., “El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y el juez como ‘la boca de los principios’. De la subsunción a la ponderación”, JA 2015-III; NEGRI, Nicolás J., “Análisis crítico de los arts. 1º, 2º y 3º del Título Preliminar del Código Civil y Comercial”, RCCyC 2016 (diciembre), 59; LL AR/DOC/3782/2016.

- Los menores (niños, niñas y adolescentes) y otros sujetos vulnerables (v.gr., las víctimas de violencia de género y de pornovenganza) gozan de tutela preferente. El resguardo de la privacidad es más débil para los funcionarios públicos (45).

- La tutela de la vida privada es más fuerte en caso de anonimato en las redes. Así, “si el autor del material publicado no está identificado deben protegerse los derechos laborales y la imagen de los actores” (46); “los prestadores de servicio de Internet pueden ser requeridos judicialmente para que revelen sus identidades” (47).

- Una regla abstracta predica la primacía de los derechos personalísimos extrapatrimoniales por sobre los patrimoniales.

- Los contenidos fácticos, es decir, la información y las noticias, máxime si son de interés público, tienen una cobertura más potente; se resguarda la veracidad y la libertad de prensa.

- Los contenidos valorativos (opiniones, juicios de valor, críticas) ostentan una tutela más laxa; máxime si el afectado es funcionario público o la cuestión tiene trascendencia pública o interés social.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 2013) señala como

(45) CCiv. y Com. Salta, sala V, 18/12/2012, “M. L. E. c. G. M.”, eDial.com AA7E49; CNFed. Civ. y Com., sala II, 09/05/1992, “Servini de Cubría, María R., amparo”, JA 1992-III-3; CS, 08/09/1992, “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo”, Fallos 315:1943; CNFed. Civ. y Com., sala II, 03/06/2009, “Servini de Cubría, María Romilda c. Yahoo de Argentina SRL y otro s/ medidas cautelares”, MJJ 44468; CNFed. Civ. y Com., sala III, 30/09/2013, “C. G. R. c. Google Inc. s/ medida autosatisfactiva”, LL AR/JUR/71235/2013.

(46) CNFed. Civ. y Com., sala II, 27/12/2017, “S. C. F. y ot. c. Google Inc. s/ acción preventiva de daños”, LA LEY 2018-C, 302, con nota de Jonathan M. BRODSKY; DFyP 2018 (agosto), 187, con notas de Kevin ROTHER y Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA; RCyS 2018-IX, 55, con nota de Lidia M. R. GARRIDO CORDOBERA; DFyP 2019 (febrero), 247, con nota de Jonathan M. BRODSKY; LL AR/JUR/99034/2017.

(47) CNFed. Civ. y Com., sala II, 23/12/2014, “V. A. M. y otros c. Google Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios”, causa 5441/2013.

principio general que “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación y solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que: 1) deberán estar previstas por la ley; 2) perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional; 3) ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba ‘tripartita’)” (48). Añade que los requisitos de la restricción: “...pueden resumirse como 1) consagración legal; 2) búsqueda de una finalidad imperativa; 3) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad perseguida; 4) garantías judiciales; y 5) satisfacción del debido proceso, incluyendo las notificaciones al usuario” (49). Además, toda restricción a la libertad de expresión, como puede ser la cancelación de una publicación injuriosa, debe ser analizada en el contexto del medio digital y sus particularidades (50).

En suma: el emplazamiento de los conflictos de colisión de derechos de similar consistencia cualitativa (derechos personalísimos versus derecho de información) de origen convencional, constitucional y legal conducen a la aplicación del juicio de ponderación sobre la base del auxilio de varias reglas hermenéuticas.

VI.2. Los principios de prevención del daño en las redes tradicionales. Su aplicación a las redes sociales

El tema de la prevención del daño en los medios de prensa y su incidencia en los derechos personalísimos y la vida privada ocupa un capítulo importantísimo en la responsabilidad civil

(48) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre libertad de expresión e Internet”, OENSer. LN/ILCIDHIRELE/INF. 11/13, 31/12/2013.

(49) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Libertad de expresión e Internet”, 2013, p. 28 (<https://bit.ly/liiWETW>).

(50) CIDH, “Marco jurídico interamericano sobre libertad de expresión”, 2009, p. 54, párr. 148 (<https://bit.ly/lon89fG>). Ver MENDIBERRI, Lucía S., “Derecho de supresión y libertad de expresión en el marco de redes sociales”, en PALAZZI, Pablo (dir.), *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, nro. 2, Ed. Universidad de San Andrés, ps. 202, 203, 204, 206, 214.

reparatoria. Los parámetros y principios que rigen en ese ámbito, con sus adecuaciones y matices, son trasladables a la tutela inhibitoria en las redes sociales.

En la doctrina, una postura propone valorar tres pautas para actuar la anticipación del perjuicio inminente: previsibilidad, fáctica y jurídica, de la producción del daño; irreversibilidad del daño; interés público comprometido. Las expresiones vertidas en las redes sociales —acotamos por nuestro lado— se encuentran más protegidas cuanto menos previsible sea la existencia del daño, más reversible sea ese daño y estén más vinculadas al interés público (51). Otra opinión afirma que, “a fines de determinar si la difusión de una determinada información importa o no una afectación de la vida privada, deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: a) la persona afectada por la noticia; b) la conducta de la persona afectada con relación a su vida privada; c) el carácter íntimo o público del dato o hecho difundido y d) el tiempo transcurrido” (52). “La intromisión por la prensa —dice Julio Rivera— sería válida solo en algunas circunstancias, esto es, cuando el aspecto del que se informa o es objeto de comentario puede tener incidencia en la comunidad, o se trata de cuestiones de interés general. En cambio, la intromisión sería ilícita en aquellos casos en que se buscan detalles de la vida íntima no vinculados al hecho o hechos que den motivo a la investigación o trabajos, para exponerlos al público” (53).

También se argumenta que cuando el derecho a la intimidad se ve afectado por el derecho a la libre expresión se debe analizar la existencia de interés público sobre lo informado y, en caso de inexistencia, si existieron factores eximentes que derriben la protección otorgada por el derecho a la intimidad de la información publicada

(51) GIULIANO, Sergio — GUIDO, Sebastián, “Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión”, RDD 2016-2: “Prevención del daño”, ps. 501 y 519.

(52) RIVERA (h.), Julio C., “Lesión al derecho a la intimidad de la persona. Responsabilidad civil de los medios de prensa”, en GRAZIABILE, Darío J. (coord.), *Protección jurídica de la persona. Homenaje al Dr. Julio C. Rivera*, Ed. La Ley, 2010, p. 191.

(53) RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. AbeledoPerrot, 2007, t. II, p. 113.

(tales como la publicación voluntaria por parte del informado o el consentimiento otorgado por este en la publicación de la información). De no existir ninguno de estos casos, se puede concluir que el derecho a la libertad de expresión fue ejercido de manera abusiva, y el derecho a la privacidad debe predominar sobre el de libertad de expresión (54).

Se señala que si está comprometido el interés público (visión normativa sobre qué debe ser relevante para el debate público) aumenta la protección del discurso, y en caso de duda debe estarse por la libertad de expresión; ello es distinto del interés del público (visión descriptiva o empírica sobre cuestiones que interesan al público) (55), en el que la tutela es más débil, porque no corresponde auspiciar “contienda mediáticas de varieté, que se extienden irresponsablemente en situaciones en las que no existe un interés público, o republicano que lo justifique” (56).

Otro aporte doctrinal destaca que los factores que deben ser evaluados para la protección preventiva, y en función de la experiencia del derecho comparado, son los siguientes: a) con relación al derecho a la privacidad: la naturaleza de la información debatida (Canadá) o la esfera personal a la cual se refiere la información (Alemania), así como el estatus público o privado de la personalidad individual del reclamante; b) con relación a la libertad de expresión: el valor de la información sometida al debate público y la motivación o propósito de la información (57).

Finalmente, y como en toda interpretación judicial, es pertinente tener presente la pauta de razonabilidad, entendida también como com-

(54) CANESE MÉNDEZ, Francisco, “Medidas cautelares e Internet. Libertad de expresión y privacidad”, LA LEY, 2015-B, 296; DFyP 2015 (agosto), 275.

(55) GIULIANO, Sergio — GUIDO, Sebastián, “Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión”, ob. cit., ps. 501 y 519.

(56) PULVIRENTI, Orlando D., “¿Bozal legal o mordaza judicial? La libertad de expresión y la censura judicial”, MJ-DOC-6703-AR; MJD6703.

(57) DE LOS SANTOS, Mabel, “El caso ‘J. V.’ paradigma de la tutela preventiva”, MJ-DOC-2260-AR; MJD2260; ED 205-761.

patibilización de los medios con los principios y valores de la Constitución, y de relación de causalidad entre medios y fines (58).

VI.3. La pluralidad de fuentes normativas

VI.3.a. Hemos mencionado que el marco normativo que confiere cobertura jurídica a Internet y a las redes sociales es el propio de la libertad de prensa y de expresión, tutelada convencional y constitucionalmente, mediante una pluralidad de fuentes normativas de distinta jerarquía (arts. 14, 32 y 42 de la CN; arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La libertad de prensa, entendida en sentido amplio de libertad de pensamiento, de expresión y de información, es de origen constitucional, convencional y legal: el art. 14 (que prevé el derecho de “publicar las ideas sin censura previa”) y el art. 32, CN (“la legislación no debe restringir la libertad de prensa”) aseguran la libertad de expresión, prensa e información. Los derechos personalísimos (la intimidad, privacidad, vida privada, honor, reputación, dignidad, imagen, identidad) están amparados por los arts. 18, 19 y 75, inc. 22, CN. En términos amplios, la intimidad está prevista en el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que otorga la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia, en sentido similar al art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Humanos (incs. 1º y 2º) sienta el mismo principio y, de modo más amplio que otros instrumentos internacionales, establece que el derecho está sujeto “a ciertas restricciones” fijadas por ley y necesarias para asegurar el derecho y reputación de los demás y la seguridad, el orden o la moral pública o la salud (inc. 3º). La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) protege la honra, dignidad y reputación privada, familiar (art. 11) y la libertad de pensa-

miento y expresión de ideas e información, en sus distintas expresiones (art. 13, inc. 1º): “No puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores”, determinadas por ley y únicamente para asegurar: “a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” (art. 13, inc. 2º). La normativa convencional añade que “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso para la protección moral de la infancia y la adolescencia” (art. 13, inc. 4º). Más adelante, también se prohíbe toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que inciten a la violencia o cualquier acción ilegal contra personas o grupos por ningún motivo, incluido los de raza, color, origen, etc. (art. 13, inc. 5º). La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen un estándar muy alto de protección de libertad de prensa y solo admiten la reparación posterior. Por ejemplo, se condenó a la República de Chile por la prohibición de la publicación de un libro la noche anterior a la fecha de su salida a la venta: “La prohibición de la censura previa, con la excepción consignada en el párr. 4º del art. 13, es absoluta y exclusiva de la Convención Americana, por cuanto ni la Convención Europea ni la Convención sobre Derechos Civiles y Políticos contienen disposiciones similares” (59). En otro precedente decidió que la prohibición judicial de la exhibición de la película “La última tentación de Cristo” como medida preventiva de la difusión de ideas y opiniones (prevista en el art. 19, numeral 12, Constitución chilena), lesiona las libertades de pensamiento y expresión —art. 13, Convención Americana sobre Derechos Humanos—, a menos que tengan por objeto controlar el acceso a espectáculos públicos con miras a la protección moral de la infancia y la adolescencia (60).

VI.3.b. En el derecho interno también concurre una pluralidad de fuentes. La ley 26.032 extiende la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión a la búsqueda y difusión

(59) Caso 11.230, Informe 11/96, Chile, “Francisco Martorell”, 03/05/1996.

(60) CIDH 5/22001, “Olmedo Bustos y otros vs. Chile”, LL AR/JUR/981/2001.

(58) CAYUSO, Susana, “El principio de razonabilidad”, en *Máximos precedentes. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Derecho constitucional*, Ed. La Ley, t. I, p. 1035.

de información e ideas a través de Internet; la ley 25.690 establece que los proveedores de Internet tienen la obligación de ofrecer *software* de protección impidiendo el acceso a sitios específicos; la ley 25.873, que imponía a los prestadores de servicios de Internet la obligación de captar y derivar comunicaciones para su observación remota por parte del Poder Judicial, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema en la causa “Halabi” (61). También resulta aplicable el Código Penal (v.gr., que tutela el honor, la integridad sexual y prevé la violación de secretos y de la privacidad, la violación de comunicaciones electrónicas, los delitos contra la libertad de prensa —arts. 109 a 117 bis, 118 a 135, 153 a 157, 161 y ccds., Cód. Penal— y proscribire el acceso ilegítimo a una “comunicación electrónica” o “dato informático de acceso restringido” (arts. 2º y 3º de la ley 19.798) (62); de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor se desprende que los usuarios de las redes sociales son consumidores; la ley 25.326 de Protección de Datos Personales y su dec. regl. 1558/2001 (y la res. 4/2019 de la Agencia de Acceso a la Información Pública, que es la autoridad de aplicación) consagran la garantía del hábeas data; la ley 27.078 sobre Tecnologías de la Información y las Comunicaciones procura “garantizar el derecho humano a las comunicaciones y a las telecomunicaciones” (art. 2º); igualmente son aplicables la ley 11.723 de Propiedad Intelectual —especialmente arts. 27, 31 y ccds.— y el “Reglamento para la administración de dominios de Internet” (según res. 43/2019 de la Secreta-

ría Legal y Técnica de la Nación, y res. 977/2019 del Ministerio de Seguridad de la Nación, que aprueba el “Plan Federal de Prevención de Delitos Tecnológicos y Cibercrimitos —2019-2023—”). Todos estos cuerpos normativos se integran al núcleo duro de derecho privado: el Código Civil y Comercial, que tutela la inviolabilidad de la persona humana protegiendo el honor, dignidad, imagen, vida privada, intimidad (arts. 51, 52 a 59, 1770 y ccds.).

VI.4. *La primacía abstracta de la libertad de información*

Una de las principales reglas de interpretación es la tutela fuerte y enfática de la libertad de expresión frente a la amenaza de daño que afecte derechos personalísimos, procurándose la menor restricción posible de acceso a la información, porque al requisito de la “fuerte probabilidad del derecho para la admisión de las medidas preventivas de prohibición de expresión cabe agregar el carácter restrictivo con el que se las debe ponderar cuando se trata de restringir el ejercicio de otro derecho fundamental (arts. 51, 52, 53, 1770 y ccds., Cód. Civ. y Com.). El juicio de ponderación entre la prevención del daño por la afectación de los derechos personalísimos a la privacidad e intimidad (que comprenden el honor e imagen) y la libertad de expresión de terceros, requiere prudencia y realismo para armonizar la tutela de la dignidad humana (arts. 52, 53, 55 y ccds., Cód. Civ. y Com.) con la libertad de expresión de los demás” (63). Se añade que “no es procedente, por vía de principio, ordenar la restricción anticipada, general e indeterminada” (64), ni imponer un control preventivo y una restricción general discrecional hacia el futuro (sobre la circulación de contenidos que eventualmente pudieran afectar los derechos de los hijos del actor) (65).

(61) CS., 24/02/2009, “Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 - dec. 1563/2004”, Fallos 332:111; RCyS 2009-III-71; ALTERINI, Atilio A., “Las acciones colectivas en las relaciones de consumo (El armado de un sistema)”, LA LEY 2009-D, 740; SOLÁ, Juan V., “El caso ‘Halabi’ y la creación de las ‘acciones colectivas’”, LA LEY 2009-B, 154; SABSAY, Daniel A., “El derecho a la intimidad y la ‘acción de clase’”, LA LEY 2009-B, 401; RODRÍGUEZ, Carlos A., “Las acciones colectivas a la luz de un fallo de la CS”, DJ del 25/03/2009, 726; GELLI, María A., “La acción colectiva de protección de derechos individuales homogéneos y los límites al poder en el caso ‘Halabi’”, LA LEY 2009-B, 565; GALDÓS, Jorge M., “La inundación de Santa Fe, los daños masivos y el proceso colectivo. (Repercusiones de ‘Halabi’)”, RCyS 2010-IV-72.

(62) CS, 25/04/2017, “C., G. L. s/ denuncia violación de correspondencia”, LLAR/JUR/13701/2017 (se resolvió que en la materia de comunicación es competente la justicia federal).

(63) CCiv. y Com. Azul, sala II, 03/12/2015, “D. M. M. C. c. P., N. S. y otro/a s/ materia a categorizar”, RCyS 2016-VI, 39, con nota de CARESTÍA, Federico S., “Prevención del daño y libertad de expresión”, aprobatoria del carácter restrictivo de ponderación de la restricción.

(64) CNCiv., sala J, 29/09/2016, “A., H. C. c. L., C. F. s/ medidas precautorias”, eDial.com AA9AF7. En ese sentido, PULVIRENTI, Orlando D., “¿Bozal legal o mordaza judicial?...”, ob. cit.

(65) Conf. CNCiv., sala I, 20/10/2015, “S. R. M. c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, causa

En este campo un parámetro que puede resultar provechoso es verificar si se trata de evitar la reiteración o repetición de un daño o contenido nocivo, ya vertido con anterioridad (p. ej., la prohibición de continuar ofendiendo a un ex-presidente acusado de cometer delitos) (66).

El juicio de compatibilización y armonización requiere, como lo anticipamos, valorar el derecho que se afecta con la difusión y el alcance de su tutela y la repercusión: por ejemplo, en materia de salud, se admitió el bloqueo de los motores de búsqueda sobre el hecho protagonizado por la actora, que se ausentó de su domicilio a raíz de haber sufrido un problema psiquiátrico (67); se ordenó cesar “la vinculación de su nombre con el término ‘enfermo’ pues importaría o bien un insulto gratuito o bien una invasión a su privacidad” (68). En otro precedente se desestimó la medida autosatisfactiva para eliminar una publicación injuriosa en una red social porque no se puede restringir la libertad de expresión (69); se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la accionante y se dispuso que Twitter procediera a eliminar todos los dichos y montajes fotográficos que insultaban a la actora en reiteradas expresiones

3545/15.

(66) CNCiv., sala J, 25/06/2015, “Duhalde, Eduardo A. c. D’Elia, Luis Á. s/ medidas precautorias”, con nota de Toribio E. SOSA, LL AR/JUR/24424/2015. Ver los comentarios críticos de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “La función preventiva de la responsabilidad...”, ob. cit., p. 357, y GIULIANO, Sergio — GUIDI, Sebastián, “Las medidas preventivas frente a la libertad de expresión”, RDD 2016-2, p. 477. Ver nuestro análisis en GALDÓS, Jorge M., “La libertad de prensa, la intimidad y la tutela inhibitoria de expresión”, ob. cit.

(67) CNFed. Civ. y Com., sala II, 13/02/2015, “A., M. I. c. Google Inc. s/ incidente de medida cautelar”, LA LEY 2015-B, 481, con notas de CANESE MÉNDEZ, Francisco, “Medidas cautelares e Internet. Libertad de expresión y privacidad”, LA LEY 2015-B, 296, y de VIBES, Federico P., “Tutela del derecho a la privacidad en Internet”, LA LEY 2015-B, 482.

(68) CNCiv. y Com., sala III, 18/05/2015, “C. E. A. c. Google Inc. s/ hábeas data”, LA LEY del 30/06/2015, 6; LL AR/JUR/17474/2015.

(69) CFed. Mendoza, sala B, 06/04/2018, “O., P. R. c. Facebook Argentina SRL y otro s/ medida autosatisfactiva”, LA LEY del 09/05/2018, 11; LA LEY 2018-B, 617; LL AR/JUR/8410/2018.

de odio (70); se rechazó la medida cautelar innovativa, en la que se reencauzó la petición de medida autosatisfactiva, porque las manifestaciones consideradas injuriosas están vinculadas con la actividad profesional y no con la vida privada (71).

VI.5. La tutela prevalente de los menores (niños, niñas y adolescentes) y otros vulnerables. La pornovenganza

VI.5.a. El más importante supuesto de excepción, reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema y que habilita la restricción de información u opinión, lo configura la tutela preventiva de los menores, como sujetos particularmente vulnerables: la privacidad e intimidad de los niñas, niños y adolescentes constituye un claro e indiscutible supuesto de excepción a la prohibición de tutela inhibitoria de expresión. Los menores y otros sujetos vulnerables gozan de una protección especial, de origen convencional. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que “el bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema —análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual” (72). También la Convención sobre los Derechos del Niño asegura la libertad de expresión del niño (buscar, recibir y difundir informaciones e ideas por cualquier medio), salvo las expresas restricciones legales

(70) CNCiv. y Com., sala II, 22/12/2017, “V., M. V. c. Twitter Inc. s/ acción preventiva de daños”, LA LEY del 05/02/2018, 9; LA LEY 2018-A, 199; RCYS 2018-IV, 224; LA LEY del 26/06/2018, 4, con nota de Eduardo MOLINA QUIROGA; LA LEY 2018-B, 153, con nota de Eduardo MOLINA QUIROGA; LA LEY del 15/05/2018, 6, con nota de Federico P. VIBES; LL AR/JUR/94674/2017.

(71) CNCiv. y Com., sala I, 04/05/2018, “A., A. Z. y otro c. A., M. y otro s/ medida autosatisfactiva”, elDial.com AAA911

(72) Ver Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre libertad de expresión e internet”, OENSer. LN/ILCIDHIRELE/INF. 11/13, 31/12/2013.

necesarias para asegurar los derechos y respeto de los demás y la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública (arts. 3º, 13, 16 de la Convención aprobada por ley 26.061). Asimismo, resguarda la privacidad de la identificación de los menores en la publicación de las sentencias penal o contenciosa (art. 14.1). Otras normas, además de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (que protege la imagen, dignidad e intimidad de las injerencias arbitrarias e ilegales en su vida personal y familiar), resultan aplicables, como la ley 20.056, que prohíbe “la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de dieciocho años de edad [...] o cuando por esa difusión o publicidad fuera escuchado o exhibido el menor o se hagan públicos sus antecedentes personales o familiares de manera que pueda ser identificado” (73).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que “cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad, que trascienden en la vida de estos, procede fijar en las actuaciones administrativas o judiciales ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos [...]. Estos límites atienden al interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura”.

La jurisprudencia nacional es prolífica en conferir preeminencia al amparo de los menores, de otros vulnerables y de las víctimas de “pornovenganza”, denominación que se refiere a la práctica o modalidad de distribuir o publicar material (imágenes, fotos, videos, *chats* íntimos), generalmente de exparejas, y que se obtienen o difunden sin autorización y que, además de invadir la privacidad, habitualmente tienen la finalidad de perjudicar o desprestigiar (74). En efecto, por ejemplo, se or-

denó eliminar videos de un adolescente de un canal de YouTube que sus compañeros “posteaban” en las redes para ridiculizarlo (75); se dispuso provisoriamente el cese de la realización de todo acto violento, sea de carácter físico, psicológico o emocional, respecto de una niña y de toda comunicación por Facebook (76); se ordenó a la red social Facebook que elimine toda publicación en la que se hace uso del nombre e imágenes de sus hijos porque se utilizaron fotografías sin consentimiento y se efectuaron comentarios injuriosos (77); se decretó el cerramiento de una vivienda precaria para impedir los actos de perturbación e intimidación contra la menor (78), entre otros muchos casos más (79).

VI.5.b. En materia de pornovenganza se ordenó a Facebook el cierre de la cuenta abierta sin autorización en la que se difundían —y también por WhatsApp— fotografías íntimas y

el discurso de odio o discriminación”, LA LEY 2018-B, 153; LL AR/DOC/570/2018. PALAZZI, Pablo A., “Protección penal de la difusión no autorizada de la imagen íntima captada con consentimiento de su titular”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Ed. AbeledoPerrot, 2015, ps. 1587-1598; TANÚS, Gustavo, “El derecho a la imagen en Internet y la violencia de género en ambientes digitales” (mesa redonda), en PALAZZI, Pablo A. (dir.), *Revista Derecho y Nuevas Tecnologías*, nro. 2, p. 261.

(75) Juzg. Familia Nº 9 San Carlos de Bariloche (Río Negro), 08/05/2020, “G. L., M. y A., M. A. en representación de A., T. N. s/ medida autosatisfactiva”, *elDial.com* AABC2C.

(76) Juzg. Familia Nº 2 La Matanza, 22/05/2020, “A. N. C. s/ abrigo”, *elDial.com* AABC5A.

(77) CFed. Mendoza, sala B, 24/05/2019, “P., A. E. c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, RCyS 2019-VII, 116; LL AR/JUR/12577/2019, con reenvío a CNFed. Civ. y Com., sala I, 20/10/2015, “S. R. M. c. Facebook Argentina SRL s/ medida autosatisfactiva”, causa 3545/15 y sus citas.

(78) Juzg. Paz Cuarta Circ. Judicial Mocoetá (Corrientes), 30/05/2017, “M. I. Q. s/ N. en situación de vulnerabilidad”, *elDial.com* AA9FE5, publicado el 11/07/2017.

(79) Ampliamos y remitimos a GALDÓS, Jorge M., “La tutela preventiva en el derecho de las familias. Las medidas provisionales patrimoniales y de resguardo de personas (arts. 721 y 722, Cód. Civ. y Com.)”, en RDPyC, 2020-I: “Cuestiones patrimoniales del derecho de las familias”, p 287.

(73) Ver CIDH, Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28/08/2002, Serie A, Nº 1 (párr. 134).

(74) PALAZZI, Pablo, “Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)”, ED 266-837; MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Cautelar contra una red social. Cuando la libertad de expresión pierde su protección ante

se proferían amenazas **(80)**; se procesó penalmente por amenazas agravadas a un hombre que enviaba mensajes intimidatorios e insultos a su expareja por las redes, revelando cuestiones íntimas **(81)**; se decretó la prohibición de acceso y se ordenó al emplazado que “se abstenga de publicar fotos, videos o comentario sobre la actora, su esposo y su familia, en cuenta de Facebook creada a su nombre y/o todo otro medio informático y/o gráfico o red social en general, disponiendo que la empresa Facebook Argentina proceda a la inmediata eliminación de todo contenido o dato referido a la cuenta y/o toda otra publicación identificando a la denunciante, debiendo abstenerse en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans que injurien, agredan o menoscaben la intimidad personal de la denunciante” **(82)**.

VI.6. Dificultades interpretativas para ponderar la tensión entre los derechos personalísimos y la libertad de prensa

La materia constituye intrínsecamente un caso difícil, ya que los criterios judiciales no son homogéneos y revelan diferentes enfoques para analizar tanto la responsabilidad civil-reparación como la responsabilidad civil-prevención. Los dos aspectos más complejos a los fines de la prevención son la determinación de la anti-juricidad y de la amenaza de daño (arts. 1710 a 1713, Cód. Civ. y Com.).

(80) Juzg. Paz Santa Lucía (Corrientes), 30/06/2017, “XXX s/ supuesta adolescente en riesgo”, expte. 19160-17, eDial.com AAA0B8.

(81) CNCrim. y Correc., sala VII, 07/06/2019, “G. J., H. D. s/ procesamiento - amenazas coactivas”, LA LEY del 19/07/2019, 7; LA LEY 2019-D, 74; DFyP 2019 (octubre), 270, con nota de Daniela R. PART; DFyP 2019 (noviembre), 245, con nota de Miriam F. RICOLFI; SJA del 20/11/2019, p. 93; JA 2019-IV; RDP 2019-12, 2430; LLAR/JUR/17528/2019.

(82) Trib. Familia Formosa, 17/02/2017, “T. A. E. c. L. M. s/ violencia familiar”, LL AR/JUR/2393/2017; JA 2017-III, con nota aprobatoria de GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “La violencia de género en las redes sociales”; en sentido parecido, y entre muchos otros casos, “A. A. S. G. c. G. J. R. s/ medidas de abordaje intrafamiliar”; Juzg. Familia N° 2 Río Gallegos (Santa Cruz), 22/05/2015, “G. J. R. s/ medidas de abordaje intrafamiliar” (sentencia firme), eDial.com AA926D, también citado por WIERZBA, Sandra, “Derecho de daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación”, en MEZA, Jorge A. — BORAGINA, Juan Carlos (dirs.), Ed. Hammurabi, 2017, p. 67.

VI.6.a. El “escrache” a la expareja: no se suspende la difusión del video

Una mujer “escrachaba” en un video a su expareja alegando que el denunciado abusó de ella. El destinatario dedujo una acción sobre violencia familiar, procurando hacer cesar tales conductas. La Cámara, aunque consideró que se causaba un perjuicio moral al denunciante, confirió primacía a la libertad de expresión y dejó sin efecto la orden de retirar de las redes sociales el material que lo mencionaba (es decir, no prohibió la publicación del video), cuyos daños son susceptibles de resarcimiento posterior. En cambio, ordenó que la denunciada se abstenga de acercarse y de ejercer cualquier acto de agresión, amenaza, intimidación o violencia física o verbal, etc., dejando a salvo las responsabilidades civiles y penales ulteriores a la publicación **(83)**.

VI.6.b. El “escrache” y la interdicción de opinión

Una solución distinta se adoptó en un caso similar en el que se hizo lugar a la medida cautelar autosatisfactiva y se “ordenó a la mujer que se abstenga en forma inmediata de realizar todo tipo de menciones y publicaciones sobre la persona del actor y a facilitar información sensible y/o instar a la proliferación o publicación en forma directa o indirecta en cualquier medio de comunicación o visualización masivos, sean televisivos, radiales, gráficos o de cualquier otro medio de difusión virtual a través de Internet, portales, blogs, redes sociales, chats, vinculados a los datos expuestos en la causa de violencia familiar en trámite”. La Cámara fundó su decisión en la prohibición de invadir la vida privada, en que las actuaciones judiciales estaban reservadas, y en que no existía verosimilitud del derecho **(84)**. La solución es opinable, porque la prueba producida resultó suficiente para acreditar la prohibición de acercamiento del denunciado. De ahí que, al menos, debió admitirse la difusión pública de los hechos tal como habían sido denunciados por la actora en sede.

(83) CCiv. Com. Lab. y Minería Neuquén, sala II, 30/10/2018, “L. L. A. s/ situación ley 2212”, RDF 2019-III, 201, con nota de Aníbal FILIPPINI; LLAR/JUR/58880/2018.

(84) CApel. Paraná, sala II, 29/05/2019, “M. R. J. M. c. M. C. M. s/ medida cautelar autosatisfactiva”.

Ambos casos ponen de relieve las dificultades interpretativas y la ausencia de tendencias uniformes en la jurisprudencia.

VI.6.c. Los ejemplos de “detestable” y “corrupto”

La dificultad para definir la configuración de la antijuricidad en la tutela preventiva en las redes sociales se ejemplifica mediante algunos precedentes en los que se juzgó la responsabilidad civil resarcitoria, cuya base conceptual es aplicable —en principio— para evaluar la admisibilidad de la tutela inhibitoria de expresión. Así, en un caso, la Corte Suprema, por mayoría, consideró ilícita la calificación a un juez federal como un ser “detestable”, pues, teniendo en cuenta las distintas acepciones que tiene dicha locución, constituye una expresión insultante, que excede los límites del derecho de crítica y de la libertad de expresión, ofendiendo la dignidad y el decoro del actor **(85)**. En cambio, otro tribunal rechazó la medida cautelar innovativa solicitada por un abogado para que se ordenara a un usuario de la red social Twitter abstenerse de realizar comentarios ofensivos o difamatorios referidos a su persona, a quien calificaba de “korrupcto”, pues el demandado no hizo referencia a cuestiones relacionadas con su vida privada sino que criticó su actuación profesional, por lo que puede existir cierto interés público comprometido **(86)**. El decisorio sostuvo que la presunta afectación podía repararse mediante la acción resarcitoria o la querrela criminal **(87)**.

(85) CS, 14/08/2013, “Canicoba Corral, Rodolfo A. c. Acevedo, Sergio E. y otros s/ daños y perjuicios”, MJ-JU-M-80998-AR; MJJ80998.

(86) CNFed. Civ. y Com., sala II, 16/12/2016, “S. K., A. c. H., C. P. s/ medidas cautelares”, RCyS 2017-II, 93; LA LEY 2017-D, 590, con nota de Eduardo MOLINA QUIROGA y Federico P. VIBES; RCyS 2017-XI, 59, con nota aprobatoria de MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Redes sociales, derechos personalísimos y la libertad de expresión”, LA LEY 2017-D, 590; RCyS 2017-XI, 59; LL AR/DOC/2149/2017.

(87) CNFed. Civ. y Com., sala II, 16/12/2016, “S. K., A. c. H., C. P. s/ medidas cautelares”, RCyS 2017-II, 93, con nota crítica de VIBES, Federico P., “Análisis de un fallo sobre derecho al honor”, objetando la errada ponderación del alcance de la libertad de expresión, en LA LEY del 16/08/2017; y con nota aprobatoria de MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Redes sociales, derechos personalísimos”, quien comparte la solución destacando

VI.6.d. ¿Las fotos eran de interés público?

No compartimos la solución que rechazó la medida autosatisfactiva para bloquear los resultados de búsqueda en Internet con fundamento en que no pueden considerarse íntimas las fotos publicadas en Facebook por una persona, junto a un fiscal fallecido, ya que la cuestión está vinculada con el interés público. En nuestra opinión, y con prescindencia del medio de publicación, las fotos eran íntimas y no revestían interés general **(88)**.

VI.6.e. La regla del medio menos lesivo y la medida más benigna

El juicio de ponderación requiere evaluar la existencia de otras medidas alternativas menos gravosas que la restricción de la libertad de expresión. Se señalan como mecanismos a los que puede acudir: el derecho de réplica, reconocido como garantía operativa por la Corte Nacional en “Ekmekdjian” **(89)** y “Petric” **(90)**; la retractación de la ofensa; el resarcimiento ulterior a la consumación del daño; la querrela criminal; la publicidad de la sentencia posterior, etc. Sin embargo, no debe soslayarse que estas herramientas por lo general carecerán de efectividad en concreto para enfrentar los efectos, preventivos o cesantes, del detrimento.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe 2013) dispuso que “para responder a contenidos ilícitos debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adaptan a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de

que la carga de la prueba incumbe a quien pretende la restricción de expresión.

(88) CNCiv., sala H, 02/10/2015, “D. P. Y. D. c. Google Inc. y otro s/ art. 250, CPC - incidente civil”, MJJ95456; CNFed. Civ. y Com., sala III, 22/04/2016, “E. D. S. c. Google Inc. y otro s/ medidas cautelares - incidente”, LA LEY 2016-D, 110, con nota de Hugo A. VANINETTI.

(89) CS, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, LA LEY 1992-C, 543.

(90) CS, 16/04/1998, “Petric Domagoj, Antonio c. Diario Página 12”, Fallos 321:885.

Internet” (91). Se sostuvo que “las medidas de filtrado o bloqueo (de contenidos nocivos o ilícitos o dañantes en las redes sociales) deben diseñarse y aplicarse de modo tal que impacten, exclusivamente, en el contenido reputado ilegítimo, sin afectar otros contenidos” (92). En un conocido caso jurisprudencial se resolvió que se debe rechazar la clausura de la muestra artística que puede herir sentimientos religiosos y optar por “mantener la restricción al ingreso de los menores y los carteles ya existentes”, y que se añada un cartel visible en la puerta de acceso al centro de exposiciones y se alerte a los potenciales visitantes del contenido de la muestra (93).

VI.6.f. Los contenidos ilícitos y sus modos de manifestarse. La doctrina de la Corte Nacional. Nuestra opinión

1) La Corte Suprema se ha pronunciado en diversos supuestos de conflictos de derechos constitucionales. El juicio de ponderación judicial, con anclaje normativo (arts. 1º, 2º, 3º, 1713 y ccds., Cód. Civ. y Com.), constituye “una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley” (en el caso, entre la libertad de expresión y la intimidad); y se apoya en los principios de armonización, complementariedad y pleno significado de todas las disposiciones (94). El juez

(91) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre libertad de expresión e Internet”, OENSer. LN/ILCIDHIRELE/INF. 11/13, 31/12/2013.

(92) Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre libertad de expresión e Internet”, OENSer. LN/ILCIDHIRELE/INF. 11/13, 31/12/2013, párr. 85.

(93) CCont. Adm. y Trib. CABA, sala I, 27/12/2004, “Asociación Cristo Sacerdote y otros c. Ciudad de Buenos Aires”, LA LEY 2005-C, 709; JA 2005-I, 437; LL AR/JUR/3635/2004.

(94) CS, 22/04/2008, “Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA”, Fallos 331:819; CS, 09/03/2010, “U. M. H. c. Transportes Metropolitanos General Roca”, Fallos 333:203, entre otros muchos más. Ver las reflexiones de SAUX, Edgardo I., “Conflicto entre derechos fundamentales”, LA LEY 2004-B, 1071; LORENZETTI, Ricardo L., “Fundamento constitucional de la reparación de los daños”, LA LEY 2003-C, 1184. Ver particularmente votos del Dr. Lorenzetti en CS, 14/06/2005, “Simón, Julio H. y otros”, Fallos 328:2056, LA LEY 2005-E, 331; CS, 15/03/2007, “Rinaldi, Francisco A. y otro c. Guzmán Toledo, Ronal C. y otra”;

Lorenzetti, en un precedente, argumentó “que cuando se plantea un caso de conflicto de normas constitucionales y de pluralidad de fuentes, debe aplicarse la regla de la interpretación coherente y armónica (CS, Fallos 186:170; 296:432). La determinación del referido estándar —agregó— exige: a) delimitar con precisión el conflicto de normas y fuentes a fin de reducirlo al mínimo posible, para buscar una coherencia que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo; b) proceder a una armonización ponderando los principios jurídicos aplicables; c) considerar las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos”. Finalmente, concluyó que las normas identifican principios, el que “constituye un mandato para lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros que resulten aplicables al caso mediante un juicio de ponderación judicial” (95). En la específica materia de libertad de prensa versus derecho al honor, en su voto concurrente, el juez Rosatti sostuvo que, “ante el reconocimiento constitucional explícito de ambos derechos y su inserción en un sis-

LA LEY 2007-B, 415; CS, 29/03/2005, “Itzcovich, Mabel c. Administración Nacional de la Seguridad Social”, LA LEY 2005-F, 362; Fallos 328:566, entre otros muchos. CS, 27/12/2006, “Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional”, con nota de GALDÓS, Jorge M., “El caso ‘Massa’ y la responsabilidad del Estado por daños. Primeras aproximaciones”, en ALTERINI, Atilio A. (dir.), LA LEY, *Supl. Esp.: La emergencia y el caso “Massa”*, febrero/2007, p. 55; CS, 21/11/2006, “Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia”, modificando su doctrina y haciendo suya la disidencia del Dr. Fayt en Fallos 314:1531; 22/11/1991, “Comunidad Homosexual Argentina”; CS, 28/08/2007, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, con nota de GALDÓS, Jorge M., “La salud y los bienes sociales”, LA LEY 2008-B, 301; y LORENZETTI, Ricardo L., “Responsabilidad civil de los médicos. Código Civil y Comercial de la Nación”, 2ª ed. ampl. y actual. (con la colaboración de GALDÓS, Jorge M.), Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, ps. 403 y ss.

(95) CS, voto Dr. Lorenzetti, integrando la mayoría que decidió que la ordenanza 299/2010 del municipio de Güemes —Salta—, en cuanto ordena la remoción de antenas de telefonía celular ya instaladas —con fundamento principal en la salud de la población—, es inconstitucional, porque se entromete en un aspecto regulatorio de competencia nacional exclusiva, CS, 02/07/2019, “Telefónica Móviles Argentina SA - Telefónica Argentina SA c. Municipalidad de Gral. Güemes s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad”, LL AR/JUR/20503/2019.

tema constitucional que no reconoce derechos absolutos y propicia un equilibrio armónico, la dilucidación de un conflicto o tensión entre ambos requerirá la ponderación de: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario y iii) si la satisfacción de uno justifica la restricción del otro. Un juicio de ponderación en ese lineamiento conducirá a que en algunos casos la balanza se incline hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho al honor” (96).

2) Una pauta de valoración decisiva para analizar la procedencia de la anticipación del perjuicio consiste en la previa determinación de su contenido, es decir, si es ilícito o antijurídico; y, en caso afirmativo, si la antijuricidad resulta palmaria o evidente o está sujeta a determinación —administrativa o judicial—. A su vez, el contenido puede revestir naturaleza fáctica (referirse a hechos o acontecimientos) o valorativa (opiniones, juicios de valor, críticas).

El punto de partida es la antijuricidad del contenido nocivo o dañante, lo que Facebook denomina “conducta dañina hacia los demás” (o “uso de la plataforma de forma inapropiada”), como la califica en sus Condiciones de Servicio. La ilicitud del contenido constituye el presupuesto fáctico y jurídico inicial. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo que “el bloqueo del acceso a contenidos digitales por parte de quienes ofrecen servicios de búsqueda debe estar precedido del examen de la licitud del contenido”, y calificó como dañantes a los que “sean ilegales, en-

(96) CS, 17/10/2019, “De Sanctis, Guillermo H. c. López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”, SJA del 13/11/2019, 47; RCyS 2019-XII, 112; LL AR/JUR/32619/2019; voto del Dr. Rosatti integrando la mayoría que se reiteró en CS, 29/10/2019, “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c. Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”, LL AR/JUR/36619/2019, en remisión. El caso se resolvió por mayoría, con voto concordante de los Dres. Rosenkrantz, Highton de Nolasco y Rosatti (con disidencia de los Dres. Lorenzetti y Maqueda): “Las manifestaciones de un funcionario público sobre el fiscal de Estado provincial, en el sentido de que conocía irregularidades e ilegalidades que no investigó, y que habría estafado a los trabajadores, en tanto son opiniones o juicios de valor y no constituyen un insulto o vejación gratuita e injustificada, están protegidas por la Constitución Nacional”.

gañosos, discriminatorios o fraudulentos” (97). El Tribunal diferenció si la ilicitud “es manifiesta y grosera, a diferencia de otros supuestos en que es opinable, dudosa o exige un esclarecimiento (v.gr., art. 16 del dec.-ley 7 de 2004 de Portugal)”; en otras palabras, “la naturaleza ilícita —civil o penal— puede ser “palmaria...”, es decir, “no requiere ninguna otra valoración ni esclarecimiento”; en cambio, si no es ostensible o manifiesta: “cuando se trata de eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza se exige un esclarecimiento que debe debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación” (98). Ejemplificativamente, sostuvo que la antijuricidad es manifiesta cuando se trata de “pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos [...], que pongan en peligro la vida o la integridad física [...], que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual” (99).

La naturaleza intrínseca de la ilicitud evidente e indiscutida del contenido, es decir, la existencia de antijuricidad notoria y palmaria, conlleva una tutela más fuerte y enfática de los derechos personalísimos y debilita la protección de la libertad de información, por lo que procede que de oficio o a pedido de parte, de modo extrajudicial —esto es, aun sin mandato judicial—, la pla-

(97) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174; LA LEY 2014-F, 401, con nota de Christian A. CAO; RCyS 2014-XII, 76; DFyP 2014 (diciembre), 135, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; RCCyC 2015 (julio), 170; LL AR/JUR/50173/2014.

(98) Causa citada CS, “Rodríguez”, Fallos 337:1174.

(99) CS, 28/10/2014, “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, Fallos 337:1174; LA LEY 2014-F, 401, con nota de Christian A. CAO; RCyS 2014-XII, 76; DFyP 2014 (diciembre), 135, con nota de Andrés GIL DOMÍNGUEZ; RCCyC 2015 (julio), 170; LL AR/JUR/50173/2014.

taforma proceda a cancelar o dar de baja dicho contenido, máxime si media un requerimiento fehaciente extrajudicial fundado y razonable del afectado. De ahí que, según el grado y la entidad de la ilicitud, el deber de diligencia de actuación de la red social deberá ser más riguroso, sobre todo si se trata de contenido de opinión de odio, violencia, pornovenganza, etcétera.

Cuando la ilicitud del contenido no es ostensible, retoma con vigor la primacía de la libertad de prensa.

3) La segunda clasificación del contenido radica en su naturaleza, ya que puede consistir en: 1) contenido fáctico: se informan o describen hechos, situaciones o sucesos, o se suministran datos, noticias o información; 2) contenido valorativo: consiste en opiniones, creencias, ideas, críticas, juicios de valor, etcétera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos distinguió entre “hechos” y “juicios de valor” (100). La Corte Suprema de Justicia, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), diferenció entre hechos o aseveraciones fácticas —sujetos a prueba— por oposición a las ideas, opiniones, juicios críticos de valor, que no son susceptibles de prueba (101).

En la jurisprudencia de la Corte Nacional, en votos concurrentes, que sintetizamos, se razonaba que “en el enjuiciamiento de la expresión de opiniones, ideas o juicios de valor agresivos respecto de la reputación y el honor de terceros” debe atenderse a: “1) en el ámbito de la opinión en sentido estricto, solo corresponde tomar como objeto de posible reproche jurídico la utilización de palabras inadecuadas, esto es, la forma de la expresión y no su contenido”, porque en cuanto a la opinión es absolutamente libre; “2) en el examen de los epítetos utilizados no es suficiente la indagación de sus significados literales e aislados, sino que debe conside-

rarse especialmente la terminología usual en el contexto en el que han sido vertidas, así como su agresividad; 3) especialmente en los casos de crítica política, o en los que se censuran u observan actos de los poderes públicos o de quienes actúan por estos, deben considerarse con especial cautela los efectos posibles de una decisión judicial condenatoria, en el sentido de que ella pueda generar futuros actos de indeseada autocensura” (102).

Más cerca en el tiempo, en otro precedente de la Corte Nacional —en su composición actual—, en votos concurrentes de sus ministros, en un caso de condena resarcitoria por injurias, por mayoría y con relación a los funcionarios públicos, se sostuvo “que el criterio de ponderación aplicable a los juicios de valor respecto de la reputación y el honor de terceros —en particular de funcionarios públicos—, deberá estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes y que en forma manifiesta carezcan de relación con las ideas y opiniones que se expongan, pues no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada” (103). En su voto, el Dr. Rosatti sentó las reglas siguientes, que sintetizamos: el juicio crítico, de valor o la opinión “goza de protección constitucional prevalente frente al derecho al honor y a la reputación en la medida que se presenten como parámetros razonables para arribar a una solución justa y equilibrada: i) las circunstancias concretas en las que las expresiones se exponen, ii) la mayor o menor virulencia de las locuciones y el contexto en el que fueron expuestas, iii) su tono humorístico o mordaz, iv) el hecho de afectar al agraviado solo en relación con su comportamiento y desempeño como titular de un cargo público y no en su faceta íntima y privada en la medida en que estos aspectos —donde la tutela constitucional alcanza su máxima intensidad— no resulten relevantes para el debate político, v) la finalidad de crítica perseguida, vi) la relevancia pública, vii) la con-

(100) CIDH, 02/05/2008, “Kimel, Eduardo vs. República Argentina”, en CS, Secretaría de Jurisprudencia, Base de Sumarios y Boletines de Jurisprudencia, Libertad de Expresión, www.csjn.gov.ar, diciembre/2010, p. 191.

(101) CS, 08/07/1986, “Quantin, Norberto J. c. Benedetti, Jorge E. y otros s/ derechos personalísimos”, siguiendo al caso del TEDH, 08/07/1986, “Lingens vs. Austria”.

(102) Voto de los Dres. Petracchi y Bossert. CS, 29/09/1998, “Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en Gorvein, Diego R. s/ querrela p/ calumnias e injurias. Amarilla, Juan H.”, expte. 797/93.

(103) CS, 17/10/2019, “De Sanctis, Guillermo H. c. López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”, SJA del 13/11/2019, 47; RCyS 2019-XII, 112; LL AR/JUR/32619/2019.

tribución a la formación de la opinión pública libre” (104).

4) Las Condiciones del Servicio y de Uso de Facebook dicen que para el bloqueo de contenidos no se requiere necesariamente de una orden judicial, y que puede ser efectivizado por la plataforma o red social por propia iniciativa o a requerimiento del afectado. En dichas condiciones de uso predispuestas unilateralmente, Facebook se compromete a que si “tomamos conocimiento sobre contenido o conductas de este tipo (dañinas o de uso inapropiado) aplicaremos las medidas correspondientes, p. ej., ofrecer ayuda, eliminar contenido, eliminar o restringir el acceso a ciertas funciones, inhabilitar una cuenta o comunicarnos con las fuerzas del orden. Compartimos datos con otras empresas de Facebook cuando detectamos que una persona usa alguno de nuestros productos de forma inapropiada o perjudicial”.

5) Si bien el tema es complejo y la interdicción de opinión deberá provenir —por regla— de una orden judicial, somos de la opinión de que, además de los supuestos previstos en dichas condiciones de uso, en cuanto resulten razonables y no abusivas, la red está igualmente habilitada para —excepcionalmente— bloquear (debiendo advertirlo y hacerlo saber, colocando una leyenda) cuando el contenido valorativo o fáctico es ilegítimo, y esa antijuricidad resulta palmaria, ostensible o notoria (105). Una alternativa que deberá estudiarse es la que habilita

(104) CS, 17/10/2019, “De Sanctis, Guillermo H. c. López de Herrera, Ana María s/ daños y perjuicios”; SJA del 13/11/2019, 47; RCyS 2019-XII, 112; LL AR/JUR/32619/2019; doctrina reiterada por el juez Rosatti integrando la mayoría en CS, 29/10/2019, “Martínez de Sucre, Virgilio Juan c. Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios”; LL AR/JUR/36619/2019.

(105) Molina Quiroga se pronuncia en contra de que los privados en cualquier caso ejerzan una suerte de censura previa. MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Responsabilidad de los buscadores en Internet: libertad de expresión y función preventiva de la responsabilidad”, LA LEY, *Supl. Esp. Legal Tech*, 05/11/2018, 163; DFyP del 10/05/2019, 175; LL AR/DOC/2383/2018.

al afectado (mediante el procedimiento previsto en las referidas condiciones de uso, o por medio de una interpelación fehaciente y fundada) a requerir que la red —mientras el usuario solicita de modo urgente la intervención judicial— bloquee transitoriamente, advirtiendo en el sitio que el contenido fáctico o valorativo reputado ilícito está siendo cuestionado o controvertido en sede extrajudicial, administrativa o judicial, cuando la ilicitud, aunque no reúna los requisitos rigurosos del escrutinio de evidente y palmaria, resulte igual notoriamente ofensiva o falsa. Si bien esta alternativa, muy restrictiva y excepcional, y limitada a supuestos acotados, puede resultar útil por su mayor eficacia temporal, es más opinable en cuanto admite que el responsable de la red evalúe la naturaleza del contenido publicado. Esta idea reconoce su origen en la aplicación analógica, para otras hipótesis, de la interesante propuesta de Molina Quiroga, que, compatibilizando los derechos fundamentales en conflicto, propone señalar o identificar de modo visible y destacado en la plataforma cuando un contenido está cuestionado, fijando un plazo razonable para que el afectado deduzca la protección preventiva por vía judicial (106).

VII. Cierre

La prevención en las redes sociales constituye una problemática compleja, difícil, multidisciplinaria, de complicado abordaje sistémico, porque son muy marcadas las asimetrías entre el mundo digital y el campo del derecho. Además, es dudosa la eficacia de los instrumentos jurídicos actuales, preventivos y urgentes, que puedan actuar rápidamente para impedir o neutralizar los efectos dañinos de contenidos fácticos o valorativos ilícitos y nocivos. De ahí que, aun con “pesimismo expectante” y “optimismo moderado”, el juicio de ponderación y la aplicación de los estándares interpretativos desarrollados a nivel global y local podrán constituir provechosos instrumentos para enfrentar el tema.

(106) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Responsabilidad de los buscadores en Internet...”, ob. cit.

Protección de la ley a las nuevas tecnologías

Juan Carlos Hariri

Sumario: I. Introducción.— II. Conclusiones.

I. Introducción

Los tiempos por los cuales atraviesa nuestra vida nos muestran en forma frecuente la permanente inserción de nuevas tecnologías, que se desarrollan en forma extraordinaria, las cuales nos sirven cotidianamente, aunque muchas veces desconocemos su contenido.

En tal sentido, podemos afirmar que nos hemos acostumbrado mucho más a los cambios tecnológicos que a los sociales, siendo los primeros sumamente difíciles de comprender.

No obstante, debemos administrarlos y nos servimos de ellos para llevar adelante la vida de relación, resultando casi imprescindibles, demostrando, entre otras condiciones, que las distancias prácticamente no son significativas.

Los aprendizajes que adquirimos se van diluyendo ante el avance que presentan los nuevos elementos que se incluyen y, muchas veces, se convierten en necesidades creadas, pero se incorporan rápidamente a nuestro estilo de vida.

La ley, ante este cúmulo de tecnologías que nos acompañan permanentemente, no puede estar ausente, y debemos reconocer que siempre irá atrás de ellas.

Empero, contamos con un principio esencial del derecho que nos otorga acceso para superar las lagunas que presenten las leyes: “todo aquel que provoque un daño debe repararlo”.

Debemos tener presente que, en definitiva, será este principio el que nos permitirá tener la protección necesaria ante los ilícitos que provo-

quen los nuevos elementos de los cuales se sirven las diferentes tecnologías.

No podemos dejar de señalar lo dispuesto por nuestro Código Civil y Comercial respecto a la responsabilidad civil.

Así, el art. 1710 impone el deber de prevenir el daño tanto a las personas físicas —hoy llamadas humanas— (art. 19 del Cód. Civ. y Com.) como a las jurídicas (art. 141 del Cód. Civ. y Com.), y si lo causan podrán ser pasibles de acciones judiciales, siempre y cuando se prueben aquellos supuestos que disponen los arts. 1711 y 1712 del Cód. Civ. y Com., y el juez deberá seguir lo previsto por los arts. 1713, 1714 y 1715 del Cód. Civ. y Com. y las leyes que resulten de aplicación al caso.

Para ese fin, debe valerse de todos los elementos necesarios, sin invadir la esfera de la intimidad del otro sujeto.

También con mayor claridad lo dispone el art. 1725 del Cód. Civ. y Com., que en definitiva siguió lo que había dispuesto Vélez Sarsfield en su Código Civil en el art. 902: “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

La difusión de la informática, sintetizada en internet, la cual debe considerarse dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión (art. 1º, ley 26.032), ha influido notoriamente sobre las relaciones jurídicas y el comercio, y avanza más rápidamente que las diferentes legislaciones que tienden a proteger tanto los derechos patrimoniales como los extrapatrimoniales.

La implementación de las nuevas tecnologías produce celeridad dentro del mundo de las vinculaciones jurídicas, y casi todas las personas acceden a ellas y cuentan con una información que provoca una nueva manera de relacionarse; por tanto, aquellas no tienen una autoridad regulatoria homogénea, por cuanto no reconocen fronteras.

Podemos afirmar que el desarrollo y empleo de ellas es bueno y será aún mejor cuando la regulación legal que se imponga lleve el criterio adecuado, respetando la voluntad del hombre, su privacidad, la moral y la buena fe.

Sabemos que las nuevas técnicas representan un desafío importante, de modo que debemos adecuar la legislación con método y orden, pues de lo contrario no será útil, y deberá impedir la comisión de ilícitos.

Téngase en cuenta que el orden social, el económico, las buenas costumbres, la buena fe y la moral son el centro del derecho.

Advertimos, entonces, que, ante las nuevas tecnologías existentes y aquellas que aparezcan en el futuro, más allá de la regulación legal que se les imponga, quienes las empleen siempre deberán responder por el daño que puedan causar, sea porque obren con culpa o con dolo (art. 1724 del Cód. Civ. y Com.).

Con esta premisa podemos estudiar algunos medios que se presentan como nuevas tecnologías, con las variantes que pudieran sucederlos.

Por tanto, analizaremos algunas de ellas, señalando la protección legal que tienen.

1.1. Firma digital

La ley 25.506, publicada en el BO del 14/12/2001, previó las condiciones para el uso de la firma digital y la electrónica, y también el dec. 182/2019 reglamentario de esta ley.

Luego, la ley 27.446, publicada en el BO del 18/06/2018, la actualizó, intentando hacerla más simple y tratando de facilitarla para la Administración Pública.

Empero, debemos señalar que estas firmas de ningún modo pueden utilizarse dentro del derecho de familia, como tampoco para los actos personalísimos, como por ejemplo en los testamentos, en cualquiera de las formas autorizadas (arts. 2473, 2477 y 1479 del Cód. Civ. y Com.), y en aquellos actos que deban ser instrumentados bajo exigencias y formalidades incompatibles con esta modalidad, ya sea porque así lo previó la ley o por acuerdo de partes.

Como vemos, no son pocas las limitaciones para su empleo, desde que se respeta la presencia física de la persona, es decir, se protege su intimidad, pero su aplicación es suficientemente amplia para la formación de diferentes actividades que revisten suma importancia, tales como administrativas, económicas y judiciales, entre otras.

Así, el art. 2º de la ley 25.506 definió la firma digital como “...al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiera información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control”.

Ciertamente, creemos que no se trata de una definición, sino más bien de una indicación de los requisitos con que deben contar los distintos sistemas informáticos que permitan otorgarlas.

Veamos, pues, la diferencia con la firma, definida por Vélez Sarsfield en la nota al art. 3639 de su Cód. Civil: “...La firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual, seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera. Los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales, y de la enunciación de su dignidad...”

Téngase en cuenta que la firma cuenta con dos elementos esenciales: uno objetivo y el otro subjetivo. El primero es aquel que surge de su exposición, y el segundo consiste en la voluntad de obligarse.

Ahora, la firma digital identifica a quien la emite (elemento objetivo), y el procedimiento para desconocerla es sumamente dificultoso, toda vez que existe un organismo que respalda al documento e identifica al que la realizó. Podemos decir que es superior a la electrónica y tiene que “registrarse” ante la autoridad de registro, determinando que el entonces Ministerio de Modernización (hoy Secretaría) es la autoridad de aplicación.

Se previó la presunción de autoría, respecto a que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de esa firma (arts. 7º, ley 25.506, y 10, ley 27.446), y también respecto a su integridad, que le otorga certeza al instrumento (elemento subjetivo).

Su validez está convenida por los requisitos que impone el art. 9º de la ley 25.506, y para ello debe haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital y debe encontrarse verificada, aludiendo a los datos guardados en la base correspondiente.

Si bien el art. 288 del Cód. Civ. y Com. y el art. 3º de la ley 25.506 equiparan la firma manuscrita con la digital, entendemos que los usos y costumbres actuales no lo admiten de esa misma manera y, por tanto, no tienen la misma recepción, al menos entre particulares.

No obstante, debemos admitir que cuenta con la protección que dispone la segunda parte del art. 288 del Código citado: “...En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

Desde otro ángulo, el art. 3º del dec. 182/2019 dispone:

“Poderes. Cuando una norma requiera la formalidad de escritura pública para otorgar poderes generales o particulares, para diligenciar actuaciones, interponer recursos administrativos, realizar trámites, formular peticiones o solicitar inscripciones, dicho requisito se considera satisfecho mediante el apoderamiento realizado por el interesado en la plataforma de Trámite a Distancia (TAD), del sistema de Gestión Docu-

mental Electrónica - GDE salvo disposición legal en contrario”.

Resulta claro que se intentó aumentar la valoración de la firma digital, criterio que comparáramos, pero en nuestra opinión advertimos que en la vida diaria aún no tiene la proyección que tiene dentro de los “expedientes” que tramitan tanto en el Estado Nacional, provincial y municipal como en los otros poderes.

Empero, lo dispuesto por el decreto indicado no alcanzó para alterar los “poderes” que otorgan los escribanos mediante escrituras públicas, que les dan el carácter de instrumentos públicos [conf. arts. 289, incs. a) y b), 375 y ccds. del Cód. Civ. y Com.], pues debemos resaltar que esa figura no puede ser sustituida, pues aquellos desarrollan el derecho notarial, que “es el conjunto sistemático de normas que establecen el régimen jurídico del notariado” (1).

Debemos reiterar que, en la actualidad, la firma digital está ampliamente difundida dentro de las distintas carteras del Estado Nacional, tal como lo proyectó el art. 48 de la ley 25.506.

Pero, el decreto anteriormente citado avanzó mucho más en el art. 2º de su anexo, disponiendo: “La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma para la firma ológrafa”; así, con esta normativa avanza sobre las funciones propias del notariado, creando una nueva categoría de instrumentos, los cuales no están regulados, en nuestro criterio, por el Código Civil y Comercial.

Señalamos que, con motivo de la cuarentena dispuesta en nuestro país a partir del 20/03/2020 por la pandemia y el apartamiento social ella que conllevó, se firmaron algunos pocos contratos de locación mediante el uso de la firma digital, habiéndose acreditado previamente ante la AFIP, pues es esta entidad la que autoriza a quien se encuentre inscripto y no tenga sanciones, debiendo cumplir con las condiciones del “Acuerdo con el suscriptor” que debe suscribir.

En definitiva, podemos afirmar que la firma digital produjo un cambio extraordinario en el

(1) LARRAUD, R., “Curso de derecho notarial”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 83.

mundo del derecho, y se demuestra que tendrá amplia difusión al desarrollarse también la economía digital.

1.2. Firma electrónica

El art. 5° de la ley 25.506 la definió como sigue: “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

Es, en definitiva, una metodología de identificación (2).

Desde ya, esta manera de “firmar” es la más usada a través de los *e-mails*, en los cajeros automáticos de los bancos, WhatsApp y otros medios informáticos.

Pero, ante su desconocimiento por parte de aquel a quien se le imputa, necesariamente deberá serlo a través de pericias informáticas, las cuales se podrán disponer como cualquier otra medida de prueba que autoriza el Código Procesal Civil Comercial (arts. 378, 379 y ccds.), donde se tiene presente el principio de la amplitud de ellas, respetando la libertad de las personas litigantes o de terceros, o que no se encuentren prohibidas para el caso.

La Corte Suprema, el 13/04/2020, dictó la ac. 12/2020, donde aprobó las firmas electrónicas y digitales “...en el ámbito del Poder Judicial de la Nación respecto de todos los magistrados y funcionarios de las instancias inferiores que desarrollan su actividad con el Sistema de Gestión Judicial”, y estableció también que en los casos en que se empleen no será necesaria la utilización de soporte papel, “quedando lo resuelto en soporte electrónico cuyo almacenamiento y resguardo estará a cargo de la Dirección de Tecnología y de la Dirección General de Seguridad

(2) BIELLI, Gastón E., “Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. Una nueva frontera en materia probática”, LA LEY del 03/06/2019.

Informática del Consejo de la Magistratura de la Nación”.

En definitiva, se trata de “...la utilización de cualquier tipo de clave que pueda aplicarse sobre los documentos digitales o que pueda imponerse como necesaria para emitir documentos digitales o para acceder a los sistemas en los que se generan las operaciones que luego quedarán registradas como documentos digitales...” (3), y es también una metodología de identificación (4).

Se emplea como manifestación de la voluntad, y los arts. 284, 285, 1015 y ccds. del Cód. Civ. y Com. protegen la libertad de formas, excepto cuando se imponga una determinada, como, por ejemplo, indican los arts. 1017, 1552, 2473, 2474, entre otros, del Código citado.

No debemos confundirla con la firma digital, pues esta última puede ser comprobada por terceros y debe obtenerse de quien fue autorizado por el Estado para ser certificador.

Esa distinción también surge del art. 77 del Cód. Penal, que no menciona a la firma electrónica, sino exclusivamente a la digital.

Empero, debemos destacar que el Tribunal de Superintendencia de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 30/04/2020 (res. 454/2020), resolvió “...el uso de firma electrónica, toda vez que no se encuentra implementada aún la firma digital...”, a los fines de cumplir actos procesales válidos, atento a la particular situación por la que se atraviesa con motivo de la pandemia sufrida, de acuerdo con la Ac. 4/2020 de la Corte Suprema (arts. 5° y 6° de la ley 25.506; arts. 286 y 288 del Cód. Civ. y Com.).

1.3. Documentos digitales

“Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con inde-

(3) MORA, Santiago J., “Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina”, en MORA, Santiago J. — PALAZZI, Pablo A. (comps.), *Fintech: Aspectos legales*, Ed. CDYT, Colección de Derecho y Tecnología, 2019, t. I, p. 136.

(4) Autor y ob. cit. precedentemente, p. 137.

pendencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura” (art. 6º, ley 25.506). Y su autoría es presumida para el titular del certificado digital (art. 7º, ley citada).

El Estado ha permitido el empleo de documentos digitales a través de los siguientes decretos:

- Dec. 434/2016: aprobó el Plan de Modernización del Estado, que comprende a la Administración central, los organismos descentralizados y las entidades autárquicas, y las empresas y sociedades del Estado, encargando al entonces Ministerio de Modernización las atribuciones de su ejecución, elaboración y asistencia.

- Dec. 561/2016: aprobó la Gestión de Documentación Electrónica (GDE), que se emplea en todas las actuaciones administrativas; se designó también al “administrador local”, con las facultades previstas en sus arts. 5º y 8º, asignándose la firma digital.

- Dec. 1063/2016: se refiere a la Plataforma de Trámites a Distancia, integrada por el módulo Trámites a Distancia del Sistema de Gestión Documental Electrónico, como medio de interacción del ciudadano con la Administración, aprobándose la validez de las notificaciones electrónicas realizadas a través de la Plataforma de Trámites a Distancia y la constitución de un domicilio electrónico.

- Dec. 892/2017: creó la Plataforma de Firma Digital Remota, que deberá operar utilizando un sistema técnicamente confiable; cuenta con autoridad certificante y permite ser utilizada con alcance general.

- Dec. 894/2017: aprobó el texto ordenado del Reglamento de Procedimientos Administrativos, sustituyendo muchos artículos del dec. 1759/1972.

Desde otro ángulo, podemos incluirlos dentro de las previsiones del art. 287 del Cód. Civ. y Com., pues, en nuestro criterio, son instrumentos particulares no firmados y cuentan con la protección prevista por el art. 319 del Cód. Civ. y Com. en cuanto a su valor probatorio.

Indicamos, a modo de ejemplo, la regulación que efectuó la Dirección Nacional de los Registros de la Propiedad del Automotor y Créditos Prendarios, permitiendo que el contenido de la “cédula verde” del automotor (hoy ya no lleva ese color) y la del autorizado a conducir (cédula azul) pueda encontrarse cargado dentro del teléfono celular, y dispone que cuentan con igual acreditación (disp. conj. 1/2019 de la Subsecretaría de Gobierno Digital y de la DNRPAyCP), así como todos aquellos que se generan dentro del ámbito del Estado Nacional, provincial y municipal, sin perjuicio de la amplia difusión que tienen en la actividad privada.

También el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, a partir de septiembre de 2019, incorporó un sistema que permitió generar documentos notariales digitales.

A través de la plataforma denominada “Gedono” se autorizaron los documentos notariales digitales, y para su validación se emplea el sistema conocido como “Vadono”.

Por res. 103/2020 del Consejo Directivo del Colegio citado, se autorizó el “certificado notarial remoto”, facultando la participación del escribano en “videoconferencias”, donde dejará constancia sobre las personas que participen, identificándolas, y de los demás hechos que ocurran, que sean percibidos, sobre los cuales deberá dar fe.

Se trata de un documento notarial diferente a los demás previstos por los arts. 289 y ccds. del Cód. Civ. y Com.

En nuestro criterio, no poseen la misma fuerza probatoria de los que indica el Código citado, habiéndose creado de esa manera una nueva categoría de “instrumentos públicos”.

Tampoco la nueva modalidad implementada, que se encuentra en avance de confiabilidad, de ningún modo autoriza las certificaciones de firmas virtuales.

Elas deben ser impuestas ante el escribano personalmente, quien, además, dejará constancia en el libro respectivo, pues se trata de un acto que debe presenciar personalmente en el carác-

ter que inviste, y que regula también la ley 404 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Otro instrumento que merece destacarse es la implementación del módulo Registro Civil Electrónico (RCE), dispuesto por el dec. 168/2018, del 05/03/2018, el cual dispuso por ese medio la inscripción de actos y hechos que originen, alteren o modifiquen el estado civil y capacidad de las personas.

En suma, advertimos que la creación de documentos digitales es una realidad permanente y, por tanto, su inclusión dentro del Código Civil y Comercial resulta necesaria.

1.4. Contratos inteligentes

La expresión “contratos inteligentes” fue empleada por Nick Szabo, quien los incorpora a un *software* que utiliza códigos informáticos que se emplean para formalizarlos; de tal manera, se autoejecutan y se los conserva en una base, pero debemos decir que no cuentan con una tipificación propia. Suelen denominarse también como “contratos electrónicos”, conocidos como *smart contracts*.

Se trata de un concepto sobre el cual aún no hay un criterio uniforme dentro de la doctrina. Algunos los consideran verdaderos contratos; en cambio, otros los tratan como medios informáticos que pueden simplificar el contenido de la relación jurídica.

Necesitan para su formación la intervención de un *software* que lleve a un fin determinado.

Requieren la automatización y también que sean autoejecutables, con una base que cuente con códigos escritos dentro de un programa que impida su modificación.

Se inspiran en el fin de ahorrar los costos económicos que generan los contratos tradicionales, buscando reducir la onerosidad, pero ello deriva en que sean inejecutables.

Resulta significativo indicar que ante el incumplimiento que pueda presentarse no se recurre a un tribunal o un árbitro, sino que es el propio “programa” el que se pone en funciona-

miento para lograr recuperar el objeto y también resolver el caso; todo ello sucede dentro de una máquina.

Están destinados a cambiar los instrumentos donde se plasma el contrato, pero —desde nuestro ángulo— de ningún modo lo logran. Para su formación habitualmente se emplean criptomonedas.

Son las partes quienes prestan su conformidad para realizarlos de este modo y cuentan con el principio de la libertad de formas, previsto en nuestro ordenamiento en los arts. 284, 1015 y ccds. del Cód. Civ. y Com.; por tanto, deberían tener protección legal, debiendo, además, contar con los principios que recaen sobre el objeto de los contratos, regulado en los arts. 1011 al 1013 del Cód. Civ. y Com.; asimismo, deben llevar en sí el principio de la buena fe, como lo regulan los arts. 9º, 961 y 991 del Cód. Civ. y Com.

Su implementación está dada por la libertad de las partes para “contratar” de ese modo o bien no hacerlo, pero se debe contar previamente con la estructura informática que los habilite, pues se construyen sobre la estructura de un *smart contract* subyacente (5).

Tur Faúndez los definió como “..aquellos contratos celebrados a través de una página web accesible para las partes (o una aplicación móvil), cuya forma está constituida por la interfaz de usuario de la aplicación externa y uno o varios programas autoejecutables (*smart contracts*), residentes en la cadena de bloques con capacidad para interactuar recíprocamente y con dicha interfaz” (6).

Resulta fácil advertir que se efectivizan por medio de la informática que emplean las nuevas tecnologías.

Actualmente, podemos afirmar que en nuestro medio no se encuentran difundidos. Creemos, por ahora, que pasará mucho tiempo para que puedan desarrollarse y ser aceptados por nuestra sociedad.

(5) TUR FAÚNDEZ, Carlos, “*Smart contracts*. Análisis jurídico”, Ed. Reus, Madrid, ps. 592-602.

(6) *Ibidem*, p. 139.

También debemos decir que no encontramos dónde radica la “inteligencia” —que es la capacidad propia de las personas para razonar— con la cual se los denomina, pues para ser contratos deben seguir en su contenido aquello que las partes expresamente acordaron, obrando con cuidado y previsión; de lo contrario —siguiendo este enunciado—, pareciera que nos encontramos frente a un contrato de adhesión “tecnológico”, previsto por los arts. 984/985 del Cód. Civ. y Com., los cuales se encuentran predeterminados sin que el adherente haya participado en su redacción, pero de ningún modo estos se sirven de una “máquina”.

Téngase en cuenta que no debe influir el soporte que se emplee; pero, en el caso, pareciera que es precisamente el medio técnico el que asume la importancia del acuerdo de voluntades con contenido patrimonial.

Ciertamente, creemos que los avances tecnológicos prestan una ayuda muy destacada, pero no podemos dejar de lado la voluntad de las personas, pues de esa manera parecería que llevan en sí una tendencia a uniformar los consentimientos de las partes, deshumanizando las relaciones de las personas.

Adviértase que, “entre presentes, las partes se comunican en forma inmediata cuando se encuentran en la red y deciden la celebración de un contrato, sea con un micrófono —con o sin cámara de video, por ejemplo— sea con declaraciones de voluntad que se expresan mediante el tipeo —*chat*— asimilables a las comunicaciones telefónicas. Se comunican en forma automática cuando intervienen computadoras previamente programadas algorítmicamente...” (7).

Como decía Raymond Saleilles, en 1902, con relación a los contratos de adhesión, “indudablemente hay contratos y contratos”, y “existen unos pretendidos contratos que no tienen de tales más que el nombre” (8).

(7) CENTENARO, E., “Manual de contratos”, Ed. La Ley, 2015, p. 58.

(8) Citado por ALTERINI, Atilio A., “Contratos civiles. Comerciales. De consumo. Teoría general”, Ed. AbeledoPerrot, 1998, p. 134.

Podemos afirmar que el derecho y la informática con el tiempo deberán integrarse recíprocamente, pues resulta evidente que las nuevas formas tecnológicas impactan tanto sobre la ley como en el derecho.

Desde nuestro criterio, no podemos considerarlos como verdaderos contratos tal como los entendemos; como son “...un instrumento básico en las relaciones de la sociedad humana desde tiempo inmemorial, se comprende que deben existir dificultades bastante graves para que todavía los juristas no hayan podido ponerse de acuerdo respecto a su contenido” (9).

No obstante haber transcurrido casi cincuenta años del concepto señalado por tan notable jurista, podemos afirmar que no perdió vigencia.

Una de las características que tienen los contratos es ubicar a las partes para que desarrollen las estipulaciones nacidas de su propia voluntad, de modo que conozcan desde su formación los derechos y las obligaciones que les competen.

Recordemos una vez más que los contratos son fuente de las obligaciones, y con este nuevo “método” por ahora no se advierten como nacidas de la libre voluntad de las partes que intervienen.

Por tanto, esta categoría de los que se conoce como “inteligentes” no se adecúa a los principios que conocemos, máxime porque las normas que puedan dictarse deben estar identificadas con otras que forman el ordenamiento jurídico y que sean consideradas por quienes integran la sociedad.

Si se aplicara la regulación propia que tienen los contratos en nuestro Código Civil y Comercial, de ninguna manera entraría esta categoría que ahora tiende a imponerse, más allá de la utilización que nos brinda la libertad de formas (arts. 284 y 1015 del Cód. Civ. y Com.).

En el caso, advertimos que está ausente el “principio de paridad jurídica”, y ello lle-

(9) Cátedra de Derecho Civil del Dr. Federico Videla Escalada; VIDELA ESCALADA, Federico, “Contratos. Visión general del contrato”, Ed. Zavalla, 1971, p. 10.

va a sostener que nos encontramos fuera del contrato **(10)**.

1.5. Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

Esta Convención es “...aplicable al empleo de las convenciones electrónicas con relación a la formación o el cumplimiento de un contrato entre partes cuyos establecimientos estén en distintos Estados” (art. 1°).

Se dejó establecido el principio de autonomía de la voluntad, pues se previó que las partes pueden dejarla de lado o bien modificar cualquiera de sus disposiciones (art. 3°).

En cambio, no es de aplicación a los contratos que se formalicen con fines personales, familiares o domésticos (art. 3°).

Debe ponderarse que se previó su interpretación, para lo cual se tendrá presente el carácter internacional que tiene, la necesidad de fomentar su aplicación y resguardar la “...observancia de la buena fe en el comercio internacional” (art. 5°).

Se trata de un instrumento que se proyecta sobre el uso que deben tener las comunicaciones electrónicas, y de ese modo se le otorga seguridad, respetando el principio de libertad de formas.

Reconoce su antecedente en la ciudad de Nueva York el 23/11/2005. Empero, nuestro país no la suscribió.

1.6. Reglamento de la Unión Europea 910/2014

El Parlamento Europeo, el 23/07/2014, ordenó todo aquello que hace a la identificación electrónica y a los “servicios de confianza” aptos para las transacciones que se efectúen por medios electrónicos dentro del mercado interior europeo, el cual entró a regir el 01/07/2016 para los Estados miembros.

Su ámbito de aplicación corresponde a los sistemas de identificación electrónica notificados

por los Estados miembros y a los prestadores de los “servicios de confianza”.

En su art. 3° define la identificación electrónica “como el proceso de utilizar datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica”.

Pero, debemos destacar los conceptos regulados sobre la firma electrónica: “son los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica los cuales utiliza el firmante para firmar”, como así también sobre la “firma electrónica avanzada” y la “firma electrónica cualificada”, las cuales no pueden denegarse en sus efectos jurídicos ni su admisibilidad como prueba en procedimientos judiciales por el solo hecho de ser de ese modo, o bien porque no estén cumplidos en su totalidad los que correspondan a las “cualificadas”.

Allí se previeron las condiciones para realizar las notificaciones a través de los sistemas de identificación electrónica y los niveles de seguridad que deben guardar.

Tiene como finalidad “...la eliminación de las barreras existentes para el uso transfronterizo de los medios de identificación electrónica, utilizados en los Estados miembros para autenticar al menos en los servicios públicos”.

Uno de los puntos más destacables que advertimos es la sanción que le corresponde a quien viole la seguridad, y la responsabilidad recae sobre el Estado miembro que efectúe una notificación indebida, el cual deberá responder por los perjuicios que haya causado, así haya obrado tanto con dolo como con culpa.

De igual modo se responsabiliza a los “servicios de confianza” por los daños que causen en forma deliberada, o bien por negligencia que pueda imputarse a cualquier persona ya sea física o jurídica por no observar las obligaciones que impone el Reglamento.

También se previeron los sellos electrónicos y los efectos jurídicos que llevan, y se dispone que deben ser admitidos en todos los procesos judiciales, otorgándoseles valor propio a los datos

(10) MESSINEO, F., “Doctrina general del contrato”, Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, t. I, p. 52, nro. 8.

que se reciban mediante los servicios de entrega electrónica certificada.

Se trata, en definitiva, de un reglamento que lleva en sus 52 artículos y sus cuatro anexos gran difusión dentro de la Comunidad Europea, de modo que sirve ampliamente con los fines perseguidos, y demuestra la regulación e importancia de las técnicas modernas que se implementaron.

1.7. Actividad fintech

Se denominan de este modo las actividades que se desarrollan con la “tecnología financiera”. Empero, no tienen una regulación que las contemple, y podemos decir que así ocurre en el resto de los países.

No obstante esta falta de regulación, en verdad su funcionamiento es óptimo y les da al sistema financiero y a quienes lo emplean un gran dinamismo; se transmite a través de una tecnología informática que lo canaliza, otorgando préstamos económicos, pagos e inversiones, y ofrece servicios sumamente variados a otras empresas. Todo ello ocurre en forma *online*.

Así se llama “...a aquellas empresas que comienzan a competir con las entidades financieras tradicionales en distintos verticales del negocio financiero, esto por cuanto consideramos que dicha referencia es la que se ha adoptado en los incipientes usos y costumbres de nuestro país...” (11).

Podemos afirmar, no obstante, que siempre tendrán la protección del ordenamiento jurídico.

Entendemos que podrán tener eficacia las leyes 24.240 de Defensa del Consumidor, 25.536 de Protección de Datos Personales, el Código Civil y Comercial (todo aquel que produzca un daño debe repararlo; art. 1716 del Cód. Civ. y Com.), el Código Penal, en particular lo dispuesto por la ley 26.388 (arts. 77, 128, 153, 153 bis, 155, 157 bis, 173, inc. 16, 183, 184, 197, 225).

(11) BERICUA, Mariana — PALAZZI, Pablo A. — MORA, Santiago J., “Breve introducción al derecho fintech” en *Fintech: aspectos legales*, Ed. CDYT, Colección Derecho y Tecnología, 2019, p. 26.

En una palabra, el derecho y las leyes que se encuentran vigentes naturalmente resultarán de aplicación a estas empresas que lleven adelante la tecnología financiera.

Debemos advertir que estas empresas *fintech* tienen un rápido crecimiento; así se está demostrando dentro de la Comunidad Europea y también en nuestro medio.

La Cámara Argentina de Fintech —que tuvo su origen en 2017— controla el proceso que cumplen.

Como indicamos, el Código Civil y Comercial de alguna manera previó la forma mediante la cual se desempeñan; prueba de ello son las disposiciones de los arts. 729, 1104, 1105, 1106, 1107, 1108, 1109, 1112 y ccds., que pueden resultar de aplicación.

Estas empresas se dedican a la entrega de préstamos que se materializan, como ya indicamos, en forma *online*. El contacto con el cliente es siempre basado en tecnologías, y en la mayoría de los casos se gestiona a través de un celular.

Los requisitos para su adjudicación son distintos a los que exigen los bancos, pues se intenta universalizar el otorgamiento de mutuos a personas desatendidas por los sistemas tradicionales, con variables que intentan analizar el comportamiento del cliente.

Su implementación es sin ningún título ejecutivo, y prácticamente no se recurre a los tribunales para su cumplimiento, de modo tal que no encontramos antecedentes jurisprudenciales sobre este tipo de empresas, pues si el deudor no cumple con su obligación de devolver el importe del mutuo y los intereses acordados, prácticamente queda de hecho fuera del mercado.

El incumplimiento se difunde a través de los distintos medios de consulta, tales como Veraz, Nosis y otros más, como la “central” de deudores del Banco Central, y de ese modo queda impedido de obtener cualquier medio de financiación, al menos por cinco años (conf. art. 2560 del Cód. Civ. y Com.), que describe el plazo genérico de prescripción.

En una palabra, el incumplidor permanecerá sin tener acceso al servicio financiero.

Por tanto, podemos afirmar que aquellos instrumentos firmados electrónicamente no cuentan con la firma a que alude la primera parte del art. 288 del Cód. Civ. y Com., pero sí aquella que se indica en la parte segunda.

En suma, los contratos que se celebran a través de las empresas *fintech* pueden probarse por todos los medios de prueba que prevé el Código Procesal Civil y Comercial (arts. 338 y ccds.).

También incluyen el término *onboarding*, que comprende a quienes integran la organización; antes se las conocía como oficinas de personal, y hoy se emplea la expresión “recursos humanos”.

Téngase en cuenta que el mundo de los negocios está abierto para emplear y administrar tecnologías nuevas que utilizan menos papel y, de ese modo, a través de los distintos medios técnicos que están a nuestro alcance, nos sumergen dentro de ellos, imprimiendo celeridad en la obtención de los créditos que se soliciten, los cuales cuentan para su aprobación con un programa predispuerto.

Desde otro ángulo, debemos decir que se trata de avances tecnológicos que facilitan muchísimas tareas, pero no por ello debemos dejar de lado el derecho y la ley, pues ellos son la razón que permite el orden en la vida del hombre dentro de la sociedad.

Recordemos al Dr. Jorge J. Llambías, cuando sostuvo: “El derecho es el orden social justo” (12), y también al Dr. Guillermo A. Borda, que lo definió como “...el conjunto de normas de conducta humana obligatorias y conforme a la justicia” (13).

Estos conceptos deben considerarse rectores sobre los medios técnicos que se empleen para llevarlos a su fin, máxime porque ellos son simples instrumentos que seguramente con el transcurso del tiempo serán ampliamente superados.

(12) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Perrot, 1980, t. I, nro. 11, p. 20.

(13) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Perrot, 1980, nro. 1, p. 12.

1.8. Correo electrónico

Por este medio se envían mensajes, documentos u otro tipo de instrumentos a una persona o varias determinadas, con el agregado de la confidencialidad, equiparable a la de la correspondencia epistolar garantizada por el art. 18 de la CN.

Podemos decir también que es un conjunto de comunicaciones personales que se transmiten por medio de redes informáticas.

Así, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispuso: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honor o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En igual sentido se pronunció el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, dictado en Roma el 04/11/1950, y en su art. 8º previó: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

Están dirigidos a un destinatario determinado y no deben ser manifestados a terceros, salvo que exista consentimiento para ello, todo lo cual deriva del principio romano, atribuido a Ulpiano, de no molestar a los demás (*alterum non laedere*).

La Secretaría de Comunicaciones, el 10/09/2001, a continuación de la res. 333/2001, envió en el anexo I un anteproyecto de ley que trató sobre la protección de los correos electrónicos (también conocidos como *e-mails*), cuyo art. 1º los definió: “Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión electrónica entre computadoras”, y el art. 2º disponía que a los efectos legales se equipara a la correspondencia epistolar (art. 18 de la CN).

El art. 6º de la ley 25.506 establece: “Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia

del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura”.

En cambio, el Código Civil y Comercial incorporó otros términos, como: “medios electrónicos” (arts. 2881, 1105, 1108), “soporte electrónico” (art. 1106), “comunicación electrónica” (art. 1107), “contratación electrónica”, “mecanismos y vías electrónicas” y “comunicaciones electrónicas”, los cuales se sintetizan en “...medios usuales de comunicación” (art. 974).

No podemos dejar de advertir la trascendencia que tienen; los emplean habitualmente todas las personas, pues evidentemente las nuevas tecnologías se van incorporando al medio laboral y social.

Así, cuentan con protección tanto desde el derecho penal (conf. art. 77 del Cód. Penal y las leyes 26.733 y 27.401 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Privadas) como en el ámbito del derecho civil y comercial (art. 1770 y ccds. del Cód. Civ. y Com.).

En suma, llamémoslo *e-mail* (también en inglés *electronic mail*) o correo electrónico, no podemos dejar de lado la protección que tienen y que sirven como prueba de los presupuestos que se invocan como fundamento de una pretensión (conf. art. 377 del Cód. Proc. Civ. y Com.) y constituyen la categoría de instrumentos particulares (art. 319 del Cód. Civ. y Com.); su valor probatorio será ponderado por el juez, recurriendo para ello a la “regla de la sana crítica” (arts. 163, inc. 5º, y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

1.9. Cheques generados por medios electrónicos

El Banco Central de la República Argentina, mediante la comunicación “A” 6578, del 01/10/2018, reglamentó los cheques generados por medios electrónicos que pueden librarse; se los denomina también “ECHEQ” y entraron en vigencia recién el 01/07/2019.

Si bien la ley 24.542 fue modificada por la ley 27.444, previó la creación de ese medio de pago que en definitiva funciona como un modo de financiamiento, y también previó su emisión, endoso, circulación y negociación.

El art. 1836 del Cód. Civ. y Com. dispone también que “los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta...”

El antecedente de este artículo lo encontramos en el art. 1768 del Proyecto de 1998.

En definitiva, el Banco Central, a través de la circular indicada y, además, las “A” 6726, “A” 6727 y “A” 6578, permitió la circulación del cheque electrónico, pero por ahora con poca difusión: lo emplean las entidades financieras, y solo con autorización expresa de la institución pueden ser emitidos por las personas físicas; cuentan con la protección legal del Código Penal (arts. 302 y ccds.).

1.10. Derecho procesal electrónico

El empleo constante de estas nuevas tecnologías sin duda comenzó a implementarse también en el derecho procesal, el cual se refiere a la estructuración de aquellas normas que son de aplicación durante la gestión de los procesos.

Ciertamente, estamos frente a un verdadero derecho.

Se lo ha definido como la “Rama del saber jurídico que estudia en forma sistemática la naturaleza del proceso civil, su constitución, desenvolvimiento y eficacia” (14).

En el sentido más riguroso, a este derecho se lo formula en torno a la idea de jurisdicción, y comprende el conjunto de normas que regulan el proceso, como el medio o el instrumento tendiente a realizar la jurisdicción (15).

Adviértase que el proceso es “como una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, me-

(14) COUTURE, E., “Vocabulario jurídico”, Ed. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Montevideo, 1960, p. 231.

(15) PALACIO, Lino E., “Derecho procesal civil”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1967, t. I: “Nociones generales”, p. 14.

diante un juicio de la autoridad, el conflicto sometido a su decisión. Pero esos actos constituyen en sí mismos una unidad” (16).

No obstante los nuevos medios que se empleen para llevar adelante el proceso, no debemos perder de vista que los principios “...a que obedece son, como en todas las instituciones jurídicas, esencialmente dos: la seguridad y la justicia, enmarcados en el ámbito de la convivencia social, que no es, por su parte, un tercer principio, sino meramente el límite dentro del cual se mueven los anteriores” (17).

Pero donde ha tenido mayor difusión el derecho procesal electrónico hasta esta época fue en la provincia de Buenos Aires, donde se dictó la ley 14.142 (ver Ac. 3845/2017 y 3889/2018 de la Suprema Corte de Justicia de esa provincia).

En cambio, en el ámbito de la justicia nacional, recién ahora, como consecuencia de las medidas extremas que debieron adoptarse por la pandemia generada, está teniendo la recepción que tiene en esa provincia.

La ley 26.685, promulgada el 01/06/2011, dispuso en su art. 1º: “Autorízase la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.” Y encomendó de manera conjunta al Consejo de la Magistratura y a la Corte Suprema reglamentar su gradual implementación.

No caben dudas de que esta forma de legislar lleva a destruir los Códigos Procesales, que deben ser un cuerpo orgánico de normas, y que a través de distintas leyes y posteriores acordadas se altera lo allí dispuesto.

Nos encontramos ante un cambio verdaderamente trascendental en los procesos judiciales,

(16) COUTURE, E., “Fundamentos del derecho procesal civil”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1958, nro. 80, ps. 121-122.

(17) GUASP, Jaime, “Derecho procesal civil”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, t. I, p. 38, nro. 3.

que impone necesariamente una reforma en la tramitación de los que se promueven ante los tribunales.

Fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante distintas acordadas que se van sucediendo, la que introdujo algunos medios electrónicos, tales como la constitución del domicilio electrónico, el envío de cédulas electrónicas y subir las copias de los escritos a la página del SAIJ; mediante la Ac. 4/2020, del 16/03/2020, dispuso en el consid. VII: “...se advierte la necesidad de que las presentaciones que se realizan en las causas sean exclusivamente en formato digital, con la firma electrónica eximiendo la exigencia de su presentación en soporte material (ley 26.685). La regulación de esta firma electrónica será análoga a la establecida en las ac. 38/2016 y 15/2019...”

También dispuso que los pedidos de informes a entidades públicas o privadas que se ordenen deben tramitarse únicamente en forma digital dentro del Sistema de Gestión Judicial, y se realizarán con el código de usuario que se habilitará para identificar unívocamente a la entidad beneficiaria como identificación electrónica judicial para la recepción de requerimientos (conf. Ac. 15/2020, art. 1º del Reglamento para el Diligenciamiento Electrónico de Oficios con Entidades Externas al Poder Judicial).

De este modo, se procedió a “reglamentar” la prueba de informes de que tratan los arts. 396 a 403 del Cód. Proc. Civ. y Com. y el art. 133 del Cód. Proc. Penal de la Nación.

También se reguló sobre la forma electrónica de comunicación de las demandas contra el Estado Nacional previstas por el art. 8º de la ley 25.344.

Empero, debemos decir que todo este esfuerzo que realiza la Corte Suprema a través de sus acordadas —que sin duda tiene un buen fin— de ninguna manera nos parece la mejor vía para modificar, como se hace, los Códigos Procesales, cuya operatividad está alcanzada por las distintas leyes que los sancionaron y las que posteriormente fueron modificándolos, pero manteniendo siempre la unidad del Código respectivo, pues de este modo podemos afirmar que ahora no se bastan por sí mismos.

Por tanto, es el Poder Legislativo quien debiera dictar las leyes necesarias para introducir las nuevas tecnologías en los Códigos Procesales y de ese modo ordenar cabalmente los distintos procesos que tramiten ante los tribunales nacionales, pues las acordadas de la Corte Suprema pueden establecer los reglamentos necesarios “...para la ordenada tramitación de los pleitos...”, pero no debieran intervenir sobre las “...prescripciones de la ley de procedimientos”, tal como está dispuesto por el art. 18 de la ley 48.

En el caso, entendemos la exigencia que se manifiesta para reformar los Códigos Procesales, donde, entre otros aspectos, se deberán incluir las nuevas tecnologías que se implementan gradualmente y que generan un nuevo sistema procesal.

Como ejemplo, podemos señalar que deberá incluirse el domicilio electrónico, las notificaciones por medios electrónicos, las firmas electrónicas y digitales, la innecesariedad del soporte papel en los casos que se determinen y la presentación de demandas e interposición de recursos por vía electrónica, teniendo en cuenta para ello las distintas leyes que se dictaron y las acordadas de la Corte Suprema.

Téngase en cuenta que se encuentra en aplicación el debido proceso, que es donde se debate el derecho de propiedad y todos aquellos que dispone la Constitución Nacional.

Señalamos también que los únicos expedientes que tramitan, por ahora, en forma digital en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires son los que se encuentran en el fuero de la Seguridad Social y las ejecuciones de la AFIP, aunque existe una tendencia marcada por las acordadas de la Corte para lograrlo en los demás tribunales que disponen la digitalización de documentos y escritos.

Para lograr estas incorporaciones debemos hacer mención a la “telemática”, que trata sobre los conocimientos de la informática y la tecnología de la comunicación. Este término es empleado dentro de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España (en nuestro medio lo denominamos Código Procesal).

Así, el art. 273 de la ley española que indicamos precedentemente dispuso que los profesionales de la justicia se encuentran obligados a utilizar los sistemas “telemáticos o electrónicos” para la presentación de escritos y documentos, sean o no iniciadores de actuaciones judiciales.

Para el supuesto de que no se emplee ese medio, se impone la sanción de no tener por presentado el escrito. Además, pueden presentarse todos los días del año, sin límites de horas, y se responde inmediatamente su recepción a través del mismo sistema.

De ese modo, se conoce en forma permanente el procedimiento y el contenido de las actuaciones.

Esta normativa se desarrolló aún más en el real dec. 1065/2015 de España, sobre comunicaciones electrónicas que ocurran en el ámbito del Ministerio de Justicia y ante los distintos tribunales judiciales.

Adviértase cómo el sistema que las nuevas tecnologías logran se incorporó a un Código Procesal, que en España se conoce como Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por tanto, los avances que nos brindan —reiteramos— deben incorporarse, en nuestro criterio, dentro de los Códigos Procesales, evitando de ese modo su desarticulación.

Pero todos los medios tecnológicos que puedan implementarse tienen por finalidad otorgarle al proceso mayor rapidez en su diligencia, y será el juez quien, en definitiva, controlará su empleo, valiéndose para ello de las constancias que obren y de su especial criterio, conocido como “regla de la sana crítica” (conf. arts. 163, inc. 5º, y 456 del Cód. Proc. Civ. y Com.), la cual “se aplica a todos los medios de prueba” (18).

En definitiva, la prueba es el “...medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio” (19).

(18) COUTURE, Eduardo J., “Estudios de derecho procesal civil”, Ed. Depalma, 1998, t. II, p. 220.

(19) COUTURE, E., “Fundamentos del derecho procesal civil”, ob. cit., p. 217.

1.11. Domicilio electrónico

El art. 74 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) prevé: “*Domicilio legal*. El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de manera permanente para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Solo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales...”

Y también el art. 40 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación indica: “Toda persona que litigue por su propio derecho o en representación de un tercero, deberá constituir domicilio legal dentro del perímetro de la ciudad que sea asiento del respectivo juzgado o tribunal...”, y allí se diligenciarán todas las notificaciones por cédula que no deban serlo en el domicilio real.

Así las cosas, la Corte dispuso el domicilio electrónico, el cual tiene la protección legal prevista por el art. 40 antes señalado. Ello ocurrió a través de distintas acordadas (31/2011, 3/2012, 29/2012, 35/2012, 14/2013, 35/2013, 36/2013, 38/2013, 11/2014, 3/2015, 35/2015, 28/2016, 23/2017). Todas ellas se dictaron sobre la base de lo dispuesto en las leyes 25.506, 26.685, 26.856 y 27.446.

De este modo, las partes litigantes, además de constituir el domicilio procesal, deben comparecer también con uno electrónico, donde le cursarán todas las notificaciones electrónicas, con excepción de las previstas en los incs. 1º, 10 y 12 del art. 135 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Téngase presente que los tribunales ordenan realizar las notificaciones que deban cursarse a los domicilios electrónicos procesales.

1.12. Notificaciones electrónicas

Hemos señalado las distintas acordadas de la Corte Suprema, dictadas sobre la base de las leyes mencionadas, que dispusieron, entre otras actuaciones, la notificación electrónica.

Adviértase que las resoluciones judiciales siempre se notifican. Es la acción de hacer saber a un litigante una resolución del tribunal o un acto del procedimiento, pues ello hace al derecho de defensa previsto por el art. 18 de la CN.

Las notificaciones siempre se hacen a través de los órganos del tribunal. Así, los oficiales notificadores y el nuevo medio implementado por el Sistema Informático de Gestión Judicial (SIGJ), el cual es una herramienta de la tecnología informática —telemática—, pertenecen al Poder Judicial.

Es la única manera de notificarlas, a excepción de aquellas que deben serlo en el domicilio real de la parte, habiendo demostrado un verdadero avance y agilidad en el proceso.

Téngase en cuenta que una cédula diligenciada a través del oficial notificador demora entre quince o veinte días; en cambio, la electrónica se notifica en forma instantánea, evitándose, además, el uso de papel.

Estas son enviadas al domicilio electrónico constituido, que coincide con el CUIT o CUIL del abogado apoderado o patrocinante que intervenga en el proceso.

Así, la Ac. 31/2011 de la Corte Suprema de Justicia la Nación, en su art. 3º, apart. I), dispuso: “En los casos en que se registre más de un letrado por parte, se considerarán notificados todos en el código de usuario del que se instituya como principal”, de modo que para lograr este tipo de notificaciones debe elegirse una identificación de los abogados que intervengan por cada parte.

No podemos dejar de ponderar este nuevo sistema que viene desarrollándose y prácticamente no ha provocado incidentes en la tramitación de los procesos. Y, en aquellos donde sí se presentaron, fueron superados por las adecuadas decisiones que efectuaron nuestros tribunales, llevando a soluciones justas para resolver los problemas planteados.

II. Conclusiones

a) Nos hemos referido a determinadas tecnologías que tienen aplicación dentro del mundo del derecho, las cuales se desarrollan rápidamente y permiten su aplicación en el ordenamiento jurídico, y a la protección legal que tienen.

Debemos decir que, no obstante la regulación que se les otorgue, será indispensable que cuenten con una adecuada regulación.

b) Por tanto, resulta indispensable tener presente que en el caso será necesario acudir al tema de la “interpretación” del derecho, pues, como ya adelantamos, la ley será siempre posterior a la difusión y práctica que lleven las nuevas herramientas, las cuales necesariamente deberán adaptarse al medio donde se implementen, a través de normas que cambien los sistemas vigentes.

“Aunque una tal reforma sea impuesta por vía de autoridad, no será fructífera, mientras no logre concitar la adhesión explícita de quienes cultivan la ciencia del derecho en todas las universidades del país, y en tanto el sentido de la reforma no resulte compartido por la opinión más ilustrada del pueblo, en sus diversos ordenes profesionales...” (20).

En consecuencia, “el estudio sobre la interpretación de las normas jurídicas no es un tema complementario. Es muchísimo más: es un tema esencial lo mismo en la teoría que en la práctica del derecho. Sin interpretación no hay posibilidad de que exista ningún orden jurídico” (21).

(20) LLAMBÍAS, Jorge J., “La reforma del Código Civil —ley 17.711—”, discurso pronunciado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires, Rosario, 03/05/1968, punto 6, crítica previa.

(21) RECASENS SICHES, Luis, “Tratado general de filosofía del derecho”, 21ª ed., Ed. Porrúa, México, 1961 y

Recurrir a la interpretación permitirá resolver los problemas concretos que naturalmente se presentarán ante el avance de las nuevas herramientas que se utilicen para manifestar nuestra voluntad.

c) Indicamos las distintas normas legales que otorgan protección a las nuevas tecnologías, pero, sin duda alguna, encontraremos vacíos que deberemos llenar, y para ello nada es mejor —como ya mencionamos— que recurrir al tema de la interpretación para resolver las situaciones que se presenten, indagando las reglas de la ley y del derecho.

Así, no debemos olvidar a Vélez Sarsfield, quien trató la materia en un solo artículo de su Código Civil —art. 1198—, donde dejó plasmado todo el estándar jurídico argentino sobre el tema.

El Código Civil y Comercial de 2015 también recibió esos principios en los arts. 961 y 1061/1068, entre otros, los cuales serán el instrumento adecuado para dirimir el conflicto que pueda presentarse.

d) En suma, más allá de las diferentes normas que se dicten, el principio general debe sintetizarse como sigue: “todo aquel que produzca un daño debe repararlo” (arts. 1716 y 1724 del Cód. Civ. y Com.).

2013, p. 627.

Formas del negocio y tecnología

Mariano Gagliardo

Sumario: I. Introducción.— II. La tecnología.— III. Forma: diversos sentidos.— IV. Forma escrita, lenguaje y expresión del pensamiento.— V. Irrupción de las formas tecnológicas.— VI. Final.

I. Introducción

Lo nuevo en la esfera del derecho suele recibir los embates propios del “conservadurismo”, impregnando la diversidad de preceptos que abundan en el orden jurídico.

Los juristas suelen controvertir lo novedoso, remarcando sus propias teorías y, en más de una oportunidad, exageran posiciones. A veces, los criterios que se postulan en aras de la tradición resultan atendibles; en otras oportunidades, son exagerados.

Centremos nuestra atención en el título de estas reflexiones. Sobre la primera noción, delinearemos algunos conceptos y formularemos aspectos —no todos— de la tecnología, cuya disciplina, en algunas consideraciones incipientes, nos presenta una notable vastedad. A propósito del formalismo, destaquemos aspectos en sus finalidades: pueden permitir la individualización de una manifestación negocial y su diferencia con la que no tiene carácter vinculante, sin perjuicio de favorecer la reflexión e impedir la precipitación y ligereza, particularmente cuando se trata de actos a título gratuito. Además, la forma constituye un medio de publicidad que facilita el conocimiento del acto por terceros y, sobre todo, simplifica y asegura su prueba.

En otro enfoque, a las formas se les pueden atribuir los efectos que conlleva la inobservancia de la forma misma, aun la más sencilla. No obstante, en la actualidad se ha consolidado la regla de la libertad de las formas; el legislador solo atribuye carácter formal a los negocios más importantes y a los que consagran dere-

chos que deben quedar a salvo de extravíos o incertidumbres (1).

Se destacó en su momento un paralelismo entre la informática y la codificación, enfatizándose sobre este particular que resultó un genuino triunfo de la razón y una manifestación concreta del progreso: se sustituyó la práctica jurídica o el mundo del casuismo por un sistema ordenado y coherente. Los Códigos conforman una adecuada y cohesionada expresión del orden jurídico.

La informática, por su parte, reencarna y replantea lo mismo que la codificación: los avances tecnológicos de nuestro tiempo están a la vista, mientras que los Códigos —impronta de otras épocas— resultan hoy superados, en tanto los ordenadores marcan un avance otrora inimaginable. La utilidad de la informática como instrumento auxiliar en la recuperación, la conducción y el cruce de datos está al margen y fuera de toda controversia.

II. La tecnología

Nada más alejado para un hombre que ejerce el derecho que incursionar en un mundo cuyos parámetros —tal como se verá— son exactos. Convengamos en que el título de este apartado es algo que está inmerso en la cultura moderna. Y ello no es reparo para afirmar que el derecho es un fenómeno cultural; pertenece a la realidad humana, constituida por la conducta repartida de los hombres que conviven en sociedad, y la cultura es fundamentalmente un valor.

El ordenamiento jurídico salvaguarda la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que tutelarla, porque

(1) APARICIO Juan M., “Contratos. Parte general”, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 38.

poder confiar es una condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica (2).

En los enfoques de la cultura, las incumbencias de la tecnología condicionan o asignan aportes al orden jurídico.

La tecnología —*rectius*— es la aplicación de la ciencia a la resolución de problemas concretos. Constituye un conjunto de conocimientos científicamente ordenados, que permiten diseñar y crear bienes o servicios que facilitan la adaptación al medio ambiente, así como la satisfacción de las necesidades individuales esenciales y las aspiraciones de la humanidad.

Lo antes expuesto resulta una apreciación genérica del tema.

Cabe, sin embargo, explicitar que si bien hay muchas tecnologías, diferentes entre sí, es frecuente usar el término “tecnología” en singular para aludir al conjunto, o también a una de ellas en particular.

La palabra “tecnología” también se puede referir a la disciplina teórica que estudia los saberes comunes a todas las tecnologías y, en algunos contextos, a la educación tecnológica, la disciplina escolar abocada a la familiarización con las tecnologías más importantes.

La utilidad de la informática como instrumento en la recuperación y el cruce de datos está fuera de toda duda. Hoy, con los avances —precisamente— de la tecnología, lo que antes era secreto, con herméticas custodias, llega a conocimiento de muchos o de un sujeto. Lo privado, merced a la tecnología, ha debido ceder el paso a la esfera de lo público.

III. Forma: diversos sentidos

Siguiendo a Carnelutti (3), es de sostener y —como una conclusión de tal autor— cabe argumentar que todos los actos jurídicos son for-

(2) LARENZ, Karl, “Derecho justo. Fundamentos de la ética”, Ed. Civitas, Madrid, 2011.

(3) “Sistema del diritto procesuale civile” Padova, 1938, t. II: “Atti del proceso”, nros. 453 y ss., ps. 159 y ss.

males. Para este distinguido tratadista, “un acto es un movimiento, esto es, la alteración de un estado; por ello, también es una mutación del mundo exterior; movimiento y mutación son indisolubles. La forma del acto no es otra cosa que este movimiento y esta mutación. Sin que provenga primero el movimiento o la mutación, no puede haber más que *mera cogitatio*, la cual por sí sola es indiferente para el derecho” (4). Y luego aportará dicho autor conceptos que resumen nociones trascendentes: cuando el hombre muda el mundo exterior, esto es corolario de su voluntad. El significado de la palabra “forma quiere decir la parte externa de un ente, es como el recipiente o el molde dentro del cual se contiene la esencia; esta esencia es la voluntad”.

Dicho en otros términos: “la estructura del negocio comprende tanto la forma como el contenido”.

Von Ihering diría que la forma es el tránsito de la intimidad subjetiva a la exteriorización objetiva (5). Adoptando una perspectiva desde el primitivismo jurídico, la característica en todas las sociedades ha sido su alto grado de formalismo o, con mayor precisión, su ritualismo.

Y en el derecho moderno, el principio general viene constituido por la libertad de forma; solo a determinados negocios se les exige una forma predeterminada por el ordenamiento jurídico, casos en los que la forma puede ser considerada como uno de los *essentia negotii*, y porque de su concurrencia depende la propia eficacia del negocio jurídico de que se trate.

Existe también la posibilidad de realizar pactos sobre la forma, articulando convencionalmente la exigencia de una determinada forma. Estos acuerdos se amparan en el principio de la autonomía privada.

Tradicionalmente, las expresiones “forma” o “formal” han venido reservándose a una determinada especie del género forma: aquella que consistía en la representación gráfica de la voluntad mediante signos realizados sobre un soporte que permitía su conservación por un

(4) Ob. cit., p. 159.

(5) “El espíritu del derecho romano”, Ed. Bailly Baillière, t. II, nro. 27, ps. 9 y ss.

período de tiempo más o menos largo. El proceso de identificación de lo formal con lo escrito ha llevado su tiempo, pero ha marcado pautas irreversibles.

Prescindiendo de los procedimientos primitivos y llegando hasta nuestros días, la escritura ha configurado hasta épocas recientes el único modo que posibilita no solo exteriorizar el pensamiento y conservarlo, sino también proyectarlo, enviarlo a lugares lejanos con garantías de integridad y de autenticidad.

IV. Forma escrita, lenguaje y expresión del pensamiento

Es del caso actualizar la noción de escritura. Hasta hace poco tiempo, el concepto de escritura se había considerado una mera transcripción del pensamiento. En esta línea de pensamiento, la gramática aparecía como el sistema para representar sonidos y significados. Sin embargo, la teoría de la comunicación se ha centrado en el lenguaje, que es el único sistema que permite aquella y lo que nos permite expresar y transmitir la totalidad —o una buena parte— de lo que podemos pensar.

La escritura es una codificación del lenguaje, afirmación universalmente válida.

V. Irrupción de las formas tecnológicas

La fuerza arrolladora de la tecnología, en cualquiera de sus manifestaciones, nos sorprende de una manera insospechada, pues los logros de aquella modifican y alteran las estadísticas de manera irrefrenable.

Hoy en día, la utilización por los particulares de medios de comunicación que precisan de impulsos eléctricos, transportados por cable u ondas hertzianas, es frecuente y ordinaria.

Cuando preparábamos este trabajo —julio del 2020—, nos sorprendió sobremanera un aporte de Guillermo Oliveto, titulado “Las paradojas de un futuro dominado por la tecnología”, donde se consignan citas que son elocuentes: a fines del 2019, 4540 millones de personas tendrían acceso a internet en todo el mundo; en el año 2009, solo eran 1630 millones. Con relación a los teléfonos celulares, el 67% de la población mundial

tiene uno, casi 5200 millones de personas. Tal es el panorama a la fecha (6).

Dentro de la diversidad de nuevas vías de comunicación, y en razón de estas, dedicaremos nuestra atención a Internet y al comercio electrónico.

V.I. Internet

El mercado electrónico, genéricamente dominado, ha revolucionado los cánones tradicionales de la contratación, trasladando el “consenso” a ordenadores que se eyectan o trasladan en segundos a otras fronteras.

Ante las reformas y modificaciones cualitativas y cuantitativas a lo informático, en este mundo acelerado y globalizado donde la tecnología se acerca al derecho y aquella crece sin cesar, existen —como reverso— consecuencias por lo antinormativo de algún proceder, subsistiendo, sin embargo, el hombre como centro de tal creatura y consideración (7).

A fines del siglo XX se instaló un nuevo medio de difusión, que es la Internet. Se trata del fenómeno más importante producido en materia de comunicación social desde el surgimiento y desarrollo de la imprenta. Es un acontecimiento cuyas consecuencias nos resultan realmente imprevisibles en orden al futuro desenvolvimiento de las comunicaciones; una tecnología que, en cierto modo, se apropia de los restantes medios de difusión y los transforma en elementos propios para otorgar carácter universal a las comunicaciones. No exagera quien afirma que la Internet y sus futuras variaciones configuran, a partir del siglo XXI, un elemento tan decisivo para el desarrollo de la humanidad como lo fue la imprenta a partir del siglo XV.

Mediante la Internet, tenemos acceso a los más importantes centros mundiales de documentación. Podemos acceder a ella desde

(6) OLIVETO, Guillermo, “Las paradojas de un futuro dominado por la tecnología”, *La Nación* del 06/07/2020, p. 20, sec. Economía.

(7) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela N., “La responsabilidad civil en la tecnología. Tendencias y perspectiva”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1989, ps. 65 y ss.

cualquier ubicación física. Nos permite intercambiar ideas con otras personas, conformar grupos sociales de intercomunicación y concretar las más complejas transacciones comerciales. Por otra parte, el dinamismo tecnológico de la Internet enriquece, amplía y acelera el proceso de comunicación, con la particularidad de no estar sujeto a una regulación proveniente de los Estados o de los entes internacionales. Es la primera vez que un medio de comunicación gestado por la inteligencia de los individuos no pudo ser controlado por los Estados, sin perjuicio de alcanzar la regulación de las responsabilidades ulteriores, cuando ello es técnicamente posible.

La Internet presenta la particularidad de estar basada sobre dos pilares: la libertad y la desregulación. La libertad para ingresar y desenvolverse en ella, recibiendo y ofreciendo la más variada información. La desregulación es consecuencia de la imposibilidad material para los Estados y personas de interferir en las comunicaciones y establecer límites tecnológicos para su funcionamiento.

Accediendo a Internet, podemos introducirnos al conocimiento de las más variadas ideas, informaciones y hechos que se exteriorizan en cualquier parte del mundo. Al margen de ese conocimiento, su uso permite concretar comunicaciones directas entre las personas hasta conformar grupos sociales —*chats*— en el ámbito de un escenario inmaterial o integrable.

A todo ello se añade una absoluta libertad, tanto en el emisor como en el receptor, para solucionar los contenidos de las expresiones.

Han sido varios los esfuerzos realizados para regular la Internet, en orden a los contenidos de las expresiones que se transmiten por su intermedio. El único censor o autocensor que admite Internet es la voluntad del propio usuario. Tal hecho es probablemente la mayor frustración que padecen los autócratas, los adversarios de una libertad de expresión desinhibida y todos aquellos que, en mayor o menor medida, aspiran coactivamente a cercenar la difusión de ciertas ideas, informaciones o acontecimientos.

Si bien la libertad de expresión está desprovista de límites en la esfera de Internet, resultando técnicamente imposible implementar ciertos

tipos preventivos de control para algunos de sus operadores, esto no significa que su ejercicio esté exento de responsabilidades ulteriores cuando se incurre en un acto ilícito.

La mera enunciación de los beneficios de Internet (*World Wide Web*) (*www*) y del IRC (*Internet Relay Chat*) permite comprender la importancia del medio que posibilita el surgimiento de otras funcionalidades, como el comercio electrónico (*e-commerce*), que permite la contratación de bienes y servicios sin necesidad de trasladarse **(8)**.

En este breve panorama, es de señalar que la voluntad negocial, en su génesis y su manifestación externa, recibe su proyección en los sistemas informáticos.

Dentro de las novedades se encuentra Internet (*International Network of Computers*), que ha revolucionado —dentro de la electrónica— al mercado electrónico y, en este, al comercio de tal especie, desde el instante en que posibilita la comunicación en ambos sentidos: la identificación del receptor de la oferta, existiendo la alternativa de realimentación por parte de este.

Ya en la Europa de comienzos del siglo XX se hablaba de derecho de Internet, proliferando ensayos y trabajos sobre tal proposición.

La posibilidad de transmitir, recibir y consultar todo tipo de información, imágenes y contenidos, en virtud de una red interconectada a nivel mundial —Internet—, en cierta medida ha abierto las puertas a un mundo virtual en el que, *a priori*, pueden establecerse las mismas relaciones —aunque con más flexibilidad— que las que pueden emprenderse en el mundo tradicional: esta etapa se llama “sociedad de la información”, donde se produce una ruptura definitiva con las barreras territoriales y temporales, que condicionan la realidad externa.

Internet es hoy una tecnología de avanzada, máximo exponente de la globalización; por su parte, es el instrumento o ámbito de esa reali-

(8) VIVES, F., “Internet y privacidad”, LA LEY 2000-D, 1014. Véase, ampliamente, TOBIAS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. II, p. 322, apart. 12.14.1.

dad donde se canalizan las nuevas modalidades —efecto— de contratación.

Las consecuencias que derivarán de este cauce de la comunicación humana por medio del soporte informático se desconocen; mas los juristas, tecnólogos y políticos no podrán desatender la evolución.

V.2. Comercio electrónico

V.2.a. Introducción

Aludimos a ciertas pautas generales de Internet, si bien debe destacarse que la referida no es la única vía para recibir ofertas comerciales interactivas en la que la autorregulación desempeña un rol destacado. Es que las comunicaciones electrónicas con finalidad comercial son factibles de enviar a dispositivos móviles; entre ellas se destacan aquellas que se remiten a través de la red inalámbrica denominada *bluetooth* y, por otro lado, en virtud de redes de telecomunicaciones a terminales de telefonía móvil (9).

En este panorama, cabe destacar el comercio electrónico, que sobresale en esta impronta tecnológica. Y, como corolario de la globalización tanto en el ámbito mercantil como en la esfera virtual, se requiere de una normativa que contemple los aspectos emergentes de la contratación, en particular lo referido a lo electrónico, sea en su faz de informática o telemática, cuestiones por demás beneficiosas para la comunidad de negocios y el ámbito empresarial.

En suma, es evidente que el comercio electrónico requiere del mentado marco normativo, tanto en un aspecto genérico como con relación a sus particularidades. Tal como se señalara (10), resulta notorio que la contratación electrónica a través de Internet presenta ciertas especialidades propias del medio telemático que es objeto de utilización como cauce para la prestación del consentimiento.

(9) LÓPEZ JIMÉNEZ, "El *bluetooth* como herramienta de publicidad móvil: a propósito de la conveniencia de incentivar la autorregulación", *Revista Aranzadi de Derecho. Nuevas Tecnologías*, Madrid, 2019, nro. 24, ps. 59 y ss.

(10) LÓPEZ JIMÉNEZ, "Nuevas coordenadas para el derecho de obligaciones", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 29.

V.2.b. Comercio electrónico

El Código Civil y Comercial, en el art. 268, dispone que la expresión escrita puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con textos inteligibles, aunque su lectura exija medios técnicos (11).

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

Respecto al distingo entre comercio y contratación electrónica, la doctrina autoral (12) afirma que, con relación a la última, ha de entenderse aquella que se realiza mediante la utilización de algún elemento electrónico, cuando este tiene, o puede tener, una incidencia real y directa sobre la formación de la voluntad o el desarrollo e interpretación futura del contrato. De esta manera, se trata de aquellos contratos que, más allá de su esencia, se celebran sustituyendo el lenguaje oral y escrito —que preside la contratación privada clásica— por el lenguaje electrónico, esencial para instrumentar las declaraciones de voluntad contractual. Así, el comercio electrónico supone, en un aspecto, la eliminación de la palabra verbal y escrita, sustituida por sus equivalentes electrónicos.

La contratación electrónica no es la génesis de una institución jurídica, sino una nueva forma de contratación.

En cuanto al contrato electrónico, es aquel acuerdo de voluntades emitido por medios electrónicos en virtud del cual las partes se obligan a dar alguna cosa y/o prestar algún servicio.

V.2.c. Partes del comercio electrónico

Las transmisiones que se producen con un soporte electrónico resultan cada vez más frecuentes, resultando un nuevo soporte; pero, a

(11) APARICIO, Juan M., "Contratos. Parte general", ob. cit., p. 88, apart. 997.

(12) Véase LÓPEZ JIMÉNEZ, "Nuevas coordenadas..." ob. cit., p. 48, esp. nota 94 y autores que allí se indican.

su vez, configuran un nuevo ámbito de relaciones negociales.

Dícese que la expresión “comercio electrónico” —hoy de uso extendido— no es unívoca, sino que bajo su nominación se organizan identidades, actividades y relaciones contractuales susceptibles de diverso tratamiento jurídico (13). Su derecho, no obstante, es sustancial pero no exclusivamente el derecho de las relaciones contractuales que en su esfera tienen lugar.

Y, dentro de las clases de comercio electrónico, cabe distinguir, según su símbolo geográfico, el interno del internacional o transfronterizo, caracterizado este último por la existencia en su operativa de un elemento internacional.

Según el contexto tecnológico en el que se practica, el comercio electrónico puede ser cerrado o abierto: es decir, el comercio cuyos contratos se perfeccionan y ejecutan en realidades cubiertas de telecomunicaciones (en lo relevante, Internet).

V.2.c.1. Generalidades

El comercio electrónico, de gran difusión y notable uso en el comercio, conforma un nuevo medio para la actividad comercial y, además, es un actual mercado en el que se desenvuelve la actividad humana.

Esta novedad de contratación reemplaza a la voz y al papel, clásicos y usuales en la otrora función y recepción de la voluntad negocial.

Y si bien antes un rasgo notable de los mercados era su ubicación geográfica y material, el comercio electrónico ha desplazado tal concentración, modificándose las pautas físicas y materiales propias de la actividad mercantil: se ha generado un *locus* diverso, donde se encuentran la oferta y la aceptación (14).

(13) ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, Ed. Aranzadi, Pamplona, “Prólogo” a la 1ª ed., p. 26.

(14) RECALDE CASTELLS, “Comercio y contratación electrónica”, *Informática y Derecho*, Madrid, 1999, nro. 30-32, ps. 39 y ss.

El comercio electrónico superó las formas orales y escritas y se produce a distancia, entre sujetos localizados en distantes ámbitos geográficos. Dice Illescas Ortiz: “estamos en presencia de una alteración contractual de similar importancia a la que se produjo con la sustitución de la tabla o tablilla de piedra o barro por el papiro y la del pergamino por el papel”. Agrega que el soporte electrónico carece de materialidad, y de una materialidad carece igualmente el mercado en el que se produce su uso en exclusiva (15).

El autor que ha profundizado en el tema requiere de un esfuerzo jurídico para establecer una disciplina sistemática y coherente de la materia que explique su funcionamiento y operativa, asignándole la debida seguridad jurídica que le otorgue cobertura.

V.2.c.2. Principios esenciales del comercio electrónico

Estos contratos, básicamente, se celebran a través de Internet sin restricción operativa (16).

Dentro de las reglas aludidas se destacan: una equivalencia funcional de los actos electrónicos respecto de los autógrafos o manuales; una alteración del derecho preexistente de obligaciones y contratos; la buena fe y reiteración de la libertad de pacto y su ejercicio (17).

La primera regla referida se enuncia de la siguiente manera: la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita autógrafa —eventualmente oral— respecto de cualquier acto jurídico es cumplida igualmente por su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos o documento electrónico,

(15) ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, ob. cit., p. 38.

(16) Cfr., entre muchos: GÓMEZ SEGADÉ (dir.), “Comercio electrónico en Internet”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001. BERGEL, S. D., “El documento electrónico y la teoría de la prueba”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nro. 13, 1996; MÁRQUEZ — MOISSET DE ESPANÉS, “La formación del consentimiento en la contratación electrónica”, LA LEY 2004-F, 1186; SALERNO, M. U., “Los contratos en el mercado virtual”, LA LEY 1999-E, 1127; VIBES — DELUPI, “El comercio electrónico frente al derecho positivo argentino”, LA LEY 2000-E, 1079.

(17) Seguimos a ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “Derecho de la contratación electrónica”, ob. cit.

con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto así instrumentado.

El segundo principio se relaciona con los preceptos que regulan el comercio electrónico, que no deben significar una modificación sustancial del derecho existente en materia de obligaciones.

No puede desatenderse que la gente reconoce en las redes libertad, simetría y velocidad de circulación de la información, pero no se puede desconocer que en ese gran océano navegan, también, noticias falsas, operaciones mediáticas e intentos permanentes de manipulación. Es decir que en el mismo lugar convive la utopía de un mundo libre e igualitario con el reverso de un mundo peligroso. Es una de las paradojas con las que tenemos que lidiar en un mundo do-

minado por la tecnología. La tercer pauta resulta la libertad contractual, mantenida como una proyección inalterable del derecho preexistente de obligaciones privadas con motivo de su vigencia electrónica. Una manifestación de lo expuesto son los Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales (Roma, 1995), según los cuales “Las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido”.

VI. Final

Bien decía Garrigues que “el derecho es para la vida y no la vida para el derecho”; y —a propósito de tan acertado postulado—, en el marco de la pujante tecnología, nuevas fronteras nos desafían e irrumpen en las realidades y el mundo jurídico.

Los actos electrónicos

Incidencia en los elementos de hechos y actos jurídicos

José María Orelle

Sumario: I. Consideraciones generales sobre las nuevas tecnologías.— II. Actos electrónicos y los elementos de hechos y actos.— III. Consideraciones generales sobre los actos y los instrumentos informáticos.— IV. Diferencia de acciones entre el modo tradicional y el modo en que el cual se desarrollan en los actos informáticos.— V. La normativa.— VI. Los desafíos que plantea la inteligencia artificial.

I. Consideraciones generales sobre las nuevas tecnologías

I.1. Complejidad del tema de incorporación de las tecnologías

La temática de la irrupción de las tecnologías, y dentro de ellas de los instrumentos informáticos, es de una extensión, complejidad e importancia que resulta extremadamente difícil estructurar siquiera una descripción cierta de los campos técnicos y conceptuales que abarca. Por ello, ha generado y seguirá generando “miles de metros de bibliografía”.

Harari (entre muchos, con claridad didáctica) expresa: “Tanto los políticos, como los votantes, apenas pueden comprender las nuevas tecnologías, y no digamos ya regular su potencial explosivo (...). La infotecnología y la biotecnología podrían reestructurar no solo las economías y las sociedades sino también, nuestro mismo cuerpo y mente (...) nadie sabe cuáles serán las consecuencias (...). Las revoluciones en la biotecnología y la infotecnología, las llevan a cabo los ingenieros, los emprendedores y los científicos, que apenas, son conscientes de las implicaciones de sus decisiones, y que, ciertamente no representan a nadie (...). ¿Pueden los parlamen-

tos y los partidos tomar las riendas? Por el momento no lo parece” (1).

Con un enfoque más dramático, Oppenheimer pronostica la desaparición de prácticamente todos los trabajos clásicos: periodistas, restaurantes, supermercados, banqueros, abogados, contadores, aseguradores, manufactureros, transportistas, actores, músicos, deportistas, y asegura que todos los trabajos quedarán reconfigurados por un mundo pleno de algoritmos autoejecutables (2).

Desde el ámbito jurídico, Garrido Chamorro (3) considera que la introducción de las nuevas tecnologías en la sociedad ha generado la cuarta Revolución Industrial. La primera, en las últimas décadas del siglo XVIII, fue la creación y la difusión de las máquinas de vapor; la segunda, en los inicios del siglo XX, con los métodos de organización industrial; la tercera, a partir de los años 60, con la generalización de los ordenadores, las redes informáticas a internet, y la cuarta, en la actualidad, con la inteligencia arti-

(1) HARARI, Yuval N., “21 lecciones para el siglo XXI”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., ps. 21 y ss.

(2) OPPENHEIMER, Andrés, “¡Sálvese quien pueda!”, Ed. Debate, Buenos Aires, 2018, 1ª ed.

(3) GARRIDO CHAMORRO, Pedro J., “La prueba documental en la economía digital: sus efectos y su valor económico”, Academia Matritense del Notariado - Colegio Notarial de Madrid, 2018.

ficial, *big data*, internet de las cosas, *blockchain*, etc. La transformación del modo de vivir, de los trabajos y de las profesiones será extraordinaria y puede condensarse en el concepto de innovación disruptiva. Desde el punto de vista económico, el impacto se realizará con base en dos factores principales: la reducción de los costos marginales, por una parte, y en segundo lugar el efecto plataforma, o sea cuando las redes concentran a productores y demandantes de bienes y servicios y concentran la contratación en alguna de dichas plataformas. Algunas de esas consecuencias son el debilitamiento de los poderes gubernamentales frente a inmensos emporios económicos, a la presión social, a la globalización. Todo ello, requiere la elaboración de estrategias que puedan proporcionar equilibrio social, evitando el solo impulso avasallante de las tecnologías.

Esta complejidad hace que sea extremadamente difícil trazar un mapa completo de los puntos que integran tan amplia y multifacética extensión y profundidad temática. Tampoco conocemos cómo funcionarán. Así como ha llevado varios siglos conocer, dominar y generar un circuito mundial con base en documentos en papel, del mismo modo podemos conjeturar que nos llevará mucho tiempo dominar plenamente la nueva tecnología digital.

1.2. Los focos de interés

Hay tantos enfoques sobre las nuevas tecnologías como personas en el mundo, pero en una sintética esquematización de lo esencial se advierten:

- i) El interés del usuario, que se guía por la comodidad, el acceso y la inmediatez.
- ii) El interés de los políticos en mantener su liderazgo, por lo cual muchas veces sucumben al atractivo de las nuevas tecnologías.
- iii) El interés de los medios que describen con titulares sugestivos las ventajas con vocablos emocionalmente persuasivos: modernidad, agilidad, economía, rapidez.
- iv) El interés de los técnicos, que se focalizan en la invención de desarrollos tecnológicos, sin

ponderar (no es su tema) los riesgos o los problemas sociales.

- v) El interés de las empresas que comercializan los productos tecnológicos.
- vi) La estimativa con perspectiva social de los sociólogos y antropólogos.
- vii) La estimativa de los psicólogos, quienes por sus disciplinas están preparados para advertir las consecuencias subjetivas, individuales de lo tecnológico.
- viii) La situación de los ciudadanos, que son lamentablemente “el banco de prueba” de las tecnologías.

1.3. Ventajas y riesgos

Como todo producto humano, aun en el caso de medicamentos exitosos, se generan ventajas e inconvenientes. En el caso de algunas tecnologías, las consecuencias negativas son extremadamente peligrosas, cuando por su naturaleza tienen aplicación masiva. No es lo mismo el caso de una innovación tecnológica de un medicamento que consumen cientos o miles de personas, que las innovaciones que adquieren dimensión planetaria.

1.4. El conocimiento necesario para aplicar los avances técnicos

Es tan fuerte la hipnosis colectiva respecto de esta clase de descubrimientos que ha nublado la necesidad elemental de comprender. La trascendencia de insertar sistemas en la inmensa complejidad de la vida social debería llevarnos a ser más cuidadosos y prudentes. Además, suponiendo que una gran cantidad de científicos hubiera realizado estudios interdisciplinarios con la profundidad necesaria, deberíamos reflexionar: ¿basta con ello?

Un punto es considerar el tema de modo abstracto, otro punto es aprender de modo gradual qué sucede más allá de las previsiones generales y abstractas. Ese aprendizaje solo puede surgir de la experiencia: ¿qué va sucediendo realmente? ¿Qué cambios surgen? ¿Qué estructuras protectoras deben ser creadas? ¿Cuánto protegen? Los peligros que van apareciendo, ¿podemos aminorarlos? ¿Cuál es la magnitud del daño?

¿Bajo, mediano o alto? ¿Los beneficios superan a los peligros?

Algunas de las descripciones que se hacen habitualmente (y que repetimos como si las comprendiéramos) son: claves asimétricas, *hash*, *token*, bancos de datos, *blockchain*, algoritmos. Hemos captado algunas señales ya, que ni siquiera podemos describir: el cambio planetario del modo de relacionarnos por incidencia de los dispositivos, conectado con la creación de internet.

En parte nos ha simplificado la vida, pero al mismo tiempo, ha cambiado el modo de vincularnos intersubjetivamente: es casi patético ver a cada persona enfrascada en su pantalla, aún en reuniones de amigos, parejas, colegios, medios de transporte. Ha cambiado nada menos que el modo de operar mentalmente con el mundo, tema difundido por sociólogos, médicos y psicólogos: accedemos inmediatamente a una enorme cantidad de información, pero no se ha visto acompañada por la necesaria reflexión. El cerebro humano requiere de tiempo para procesar la información, es un tiempo que nuestra propia constitución biológica exige. Al no haber aprendido cómo acompañar lo digital con el tiempo para aprehender, se ha generado un efecto muy profundo: la dispersión de la atención, la superficialidad, la creencia ingenua que basta con leer la pantalla para aprender. Solo este punto debería habernos decidido a proceder de modo reflexivo. No ha sido así.

1.5. La necesaria intervención del Estado en actos que por su trascendencia social exceden el interés individual de los participantes. Los peligros de las acciones negligentes

El peligro es proporcional a la trascendencia de los actos y proporcional a la magnitud de resguardos preventivos que cabe aplicar. En los actos privados en los cuales solo tienen prevalente incidencia intereses particulares, es razonable que se desarrollen exclusivamente bajo los principios de la autonomía privada y que la diligencia aplicable sea una carga exclusiva de quienes los realizan. Pero en los casos en los cuales dichos actos trascienden lo meramente privado (derechos reales, actos gratuitos, testamentos, actos con incidencia en el régimen matrimonial, hereditario, de intereses familiares) el Estado

interviene imponiendo resguardos preventivos (intervención de agentes públicos). Los riesgos de la eventual negligencia de los autores de los actos pueden dañar a terceros interesados, por lo cual es equitativo que sean protegidos por los ordenamientos jurídicos.

1.6. Ausencia de una normativa detallada, técnicamente configurada respecto de las nuevas tecnologías

Luego examinaré con más detalle, pero al menos en el estado actual del tema hoy en día, no se observa la existencia de normativas sistematizadas, elaboradas de modo interdisciplinario que regulen con el debido detalle el tema de las nuevas tecnologías. Más bien, se observa lo contrario: normativas parciales, contradictorias, que se dictan al compás de presiones sociales, empresariales, sin un plan que equilibre adecuadamente la complejidad del tema.

Si bien hay profundos estudios jurídicos equilibrados, no se observa que haya similar equilibrio respecto de la generación de normativas. La fascinación de lo tecnológico se ha constituido el fundamento principal para aplicar de inmediato las tecnologías.

La situación de agrava, porque la gran mayoría de los daños posibles es “lanzado” en las sociedades directamente. En el estado actual de mundo, resulta inconcebible que no se hayan creado organismos supranacionales que permitan evitar posibles aniquilamientos masivos. Una de las más tristes experiencias ha sido y sigue siendo el caso de los materiales radioactivos.

1.7. Quiénes sufren los daños

Un aspecto no menor es que quienes aplican de modo automático las nuevas tecnologías sin un estudio previo no son quienes sufren los daños: los sufre la población. Esta disociación entre quienes deciden y quienes padecen es de tal magnitud, que no permite comprender cómo se llega a tal punto de injusticia, por otra parte, reiterado permanentemente en la historia de la humanidad. Sucedió con la invención de la electricidad, de las comunicaciones telefónicas, de los ferrocarriles, de la producción automatizada, etc. No obstante lo incomprensible de

esta reiterada actitud, cabe luchar denodadamente para modificar este pernicioso enfoque. Pero más allá de la lucha por el cambio, dicha responsabilidad existe y es exigible. Un Estado de derecho supone que protege entre muchos otros valores la justicia. Que los técnicos inventen nuevos horizontes y se generen fascinaciones por los atractivos no disculpa, ni exonera, a quienes son mandatarios de los pueblos a proteger a sus ciudadanos.

1.8. Los instrumentos informáticos requieren la generación de un nuevo circuito internacional

Ha llevado muchos años, errores, ajustes y adaptaciones crear un circuito mundial de instrumentos jurídicos. Este circuito se ha creado en torno a instrumentos con firmas ológrafas. La sustitución por otro circuito basado en firma digital u otras creaciones tecnológicas, más allá de los avances técnicos, también llevará un tiempo considerable, uno de cuyos aspectos es la diferencia entre los sectores del mundo actual respecto de la existencia y saber usar los nuevos dispositivos.

II. Actos electrónicos y los elementos de hechos y actos

II.1. Las acciones humanas como medio de expresión de nuestras decisiones

El tema del presente estudio es considerar el modo en el cual los documentos informáticos modifican la manera en la cual los integrantes de la sociedad realizamos hechos y actos que constituyen la manera en la cual desarrollamos nuestros proyectos de vida.

La sociedad humana ha creado, a través de un secular proceso de aprendizaje, modos de convivencia que el Derecho regula, con la finalidad de facilitar una “buena convivencia”. Durante muchos siglos, el modo en el cual las personas tramitamos la obtención de nuestras finalidades (aquello que denominamos forma de hechos y actos) ha sido mediante expresiones “naturales” de nuestro accionar: palabras, gestos, movimientos y otros signos que realizamos con nuestro cuerpo.

Proporcionalmente hace muy pocos años dentro de la historia de la humanidad, se han

generado con una velocidad y abundancia inesperada avances tecnológicos extraordinarios que han modificado intensamente dicho modo tradicional de vida: por una parte, los bancos de datos, por otra parte, el invento de dispositivos que permiten que la información, la expresión de la voluntad y los actos se realicen con una inmediatez y una extensión espacial digna de las obras de ciencia ficción. El tema se agrava porque ya no solo aparecen estos elementos cibernéticos: se está desarrollando extraordinariamente el tema de la inteligencia artificial, tecnología infinitamente más peligrosa que las que he comentado.

Este estudio lo realizo analizando, dentro del contexto referido, el modo en el cual los actos electrónicos modifican —y de qué manera— los elementos de los actos jurídicos: sujetos, decisión o voluntad, el conjunto de movimientos que denominamos “forma”, y los resultados de dichos movimientos.

II.2. Reformulación conceptual de ciertos conceptos tradicionales

Considero que el tema de aquello que denominamos “forma” de los actos jurídicos es susceptible de una reformulación conceptual que permite una comprensión y posibilidades más amplias para el análisis jurídico del tema objeto del presente trabajo, ya que —entre otras ventajas— permite visualizar con mayor precisión las diferencias entre la instrumentación de modo tradicional y la instrumentación en los actos informáticos.

Mi propuesta técnica es la siguiente (4):

a) Es conveniente partir de la estructura general de todo hecho jurídico, desde la perspectiva de la teoría general de los actos jurídicos.

b) Desde dicha perspectiva, los elementos o factores de todo acto, en su máximo nivel de abstracción, son los siguientes: los sujetos con sus características básicas, el estímulo interno o externo, el tipo de acto que corresponde con dicho estímulo, el proceso psíquico, las acciones o movimientos psicofísicos (este factor es el que

(4) La desarrollo con amplitud en una obra de próxima edición que titularé “Teoría general de las formas jurídicas”.

estrictamente considero que corresponde denominar forma en su acepción de acciones), el resultado de las acciones, y las consecuencias. Paso a examinar brevemente las características de cada uno de estos elementos:

II.2.a. Los sujetos

Los sujetos de los actos jurídicos están condicionados por un conjunto de factores. En el plano de los factores físicos: edad, salud, temperamento, aptitud cognitiva, etc. En el plano psíquico: carácter, ambiente familiar y social, educación, estilo de vida. Estos planos inciden de manera fundamental en el modo de reaccionar en la convivencia social.

II.2.b. El estímulo

Todo acto nace a partir de un estímulo, interno o externo. Ejemplos de estímulo interno: hambre, deseos o aspiraciones, o dolor. Externo: cambio laboral, inundación, oferta de un viaje, agresión, etc. Las características y las intensidades del estímulo son un ingrediente esencial para la evaluación jurídica de las acciones.

II.2.c. El proceso psíquico

Básicamente hay dos reacciones frente a los estímulos: la emocional y la racional: evaluaciones, búsqueda de alternativas, etc., que dependen ambas de la estructura psíquica de cada sujeto y de su plan de vida (en parte consciente y en parte inconsciente). Resultado de dicho proceso es la decisión que corresponda al estímulo y la planificación de las acciones tendientes a obtener la finalidad decidida. Cabe apuntar que, en esta etapa de los actos es donde se determina el objeto o finalidad y la causa fuente (p. ej., la decisión de mudarme cerca del trabajo —finalidad subjetiva, individual o motivo: causa fin— puede llevarme a decidir la compra (causa fuente) de un inmueble (finalidad u objeto del acto).

II.2.d. Las acciones

Llegamos así al centro temático —en mi propuesta— de aquello que denominamos “forma”. Considero que forma es *el conjunto de movimientos psico-corporales mediante los cuales el sujeto desarrolla en el mundo exterior las etapas que planificó para la obtención del fin que aspira*

conseguir. Es más preciso el vocablo “acción”, o mejor aún acciones. Por ello, estimo que la expresión aislada del vocablo “forma” no permite abarcar la gran cantidad de matices que la conforman.

En movimientos psicofísicos, agrupo todo aquello que realizamos para obtener nuestra finalidad. La expresión “psicofísicos”, es porque todo movimiento es consecuencia de una decisión psíquica. Es decir, hay varios planos de incidencia de lo psíquico: en un plano, es el resultado de la reacción emocional y racional del sujeto. Pero en cada acción aparece también la subdecisión de cada fragmento del conjunto de acciones. Por ejemplo, la decisión de comprar un periódico (decisión global) exige diversos pasos: decisión de salir de mi vivienda o estudio, decisión de dar los pasos físicos necesarios para llegar al lugar donde se vende el periódico, la decisión de entregar el dinero y recibir el diario, etcétera.

No se trata solo de emisión de palabras, gestos, siembra, edificación. Es un proceso que se desarrolla en etapas secuenciales, con múltiples acciones, que, a su vez, dependen del tipo de resultado que se ha decidido obtener. Por ejemplo, la compra de un dispositivo de computación. Por simple introspección, nos apercebimos que comprende:

- Efectuar averiguaciones: por ejemplo, en internet.
 - Comunicarse con amigos, conocidos.
 - Consultar con algún técnico.
 - Considerar otras opciones, conforme al uso que se dará al artefacto.
 - Evaluar si lo adquiero, lo pido prestado o voy a un local donde pueda acceder a él por tiempo limitado.
 - Evaluar marcas, características técnicas específicas.
 - Ir a diferentes locales o empresas, o comprar online.
- Dicho conjunto de acciones, por las características de nuestro mundo y las nuestras como

personas, se desarrollan necesariamente en etapas temporales y en diferentes lugares. Luego veremos que, en los actos públicos, esta secuencia se denomina “procedimiento”, que es un modo legal de homogeneizar los actos públicos, evitando arbitrariedad o desorden. Los procedimientos públicos: ejecutivo, legislativo, judicial, registral, notarial, administrativo, son muestra de lo expresado.

Todas las acciones, aun las más “cortas”, tienen un plazo de ejecución conforme a la naturaleza del mundo exterior. No hay acciones instantáneas: es imposible que las haya, por las características del mundo en el cual vivimos.

Las acciones están regidas, además, por la causalidad. Nuevamente, por las características de nuestro mundo, los movimientos corporales que desarrollamos, se rigen por varias leyes físicas: gravedad, inercia, etc., y entre ellas la causalidad, o sea los efectos de las acciones en el mundo exterior.

II.2.e. El o los resultados de las acciones

Dicho conjunto de movimientos psicofísicos generan diversas clases de resultados. Algunos de ellos son materiales o físicos, por ejemplo, la decisión de adquirir un artefacto electrónico, culmina con mi relación posesoria con el artefacto. O la decisión de sembrar, luego de realizar las acciones pertinentes, es la siembra que obtengo. Otros resultados son sociales, morales, religiosos, etcétera.

Uno de dichos resultados son los resultados jurídicos. Aquí me detengo a precisar que *la generación de hechos o actos jurídicos son resultados normativos, conceptuales*. Desde esta precisión terminológica, los hechos y los actos no tienen forma en sentido de algo material apreciable físicamente. Son —desde la filosofía jurídica— elementos ideales. En otras palabras: los actos no tienen forma, son el resultado de movimientos previos. Solo dichos movimientos previos quedan aprehendidos en el concepto de forma.

En el homicidio, por ejemplo, forma o acciones son el conjunto de movimientos que el autor realiza. El resultado, la muerte de una persona (resultado material de las acciones), es un

cadáver. El homicidio es una calificación jurídica, inmaterial, invisible, normativa.

II.2.f. La acción de fijar o instrumentar

En las exposiciones tradicionales sobre la forma de los actos generalmente se omite referir a la acción específica de instrumentar. La expresa inclusión de esta acción es otra de las variaciones que he adoptado para el tratamiento del tema. Es importante la inclusión, porque es la que permite comprender la causa y el fundamento de la potencia probatoria de los diversos instrumentos. Los puntos destacados de esta acción son:

a) Quién procede a instrumentar, si las mismas partes o un tercero y, a su vez, si tiene alguna experiencia y conocimiento técnico-profesional para actuar, si es un profesional, o al menos alguien idóneo.

b) Si la acción de instrumentar se realiza de modo inmediato, coetáneo a la generación del acto, o si lo hace posteriormente y, en este caso, con cuánto tiempo posterior.

c) Si lo efectúa de modo conjunto con quienes han intervenido y realiza una síntesis personal.

d) La sede material de la instrumentación: papeles, cintas, u otra sede, si dicha sede tiene recaudos de seguridad respecto de la incolumidad del contenido y el orden cronológico y numérico.

e) Los ingredientes: tintas, elementos de fijación, manual, máquinas artefactos, etc., y su efecto en cuanto a la legibilidad, la permanencia, que no tenga espacios en blanco, idioma, empleo de abreviaturas.

f) Si el texto redactado es puesto o no en consideración de quienes han intervenido.

g) Si por las características o la importancia del acto corresponde que quienes lo firmarán sean asistidos por asesores.

h) Si hay control de haberse efectuado las correcciones o ajustes solicitados por las partes.

i) Si se han salvado enmiendas, testados, entrelíneas, etcétera.

j) Que las partes hayan expresado su consentimiento, a partir de la clara comprensión del texto.

k) Que en prueba de dicha comprensión hayan firmado, y si dicha firma ha sido conjunta o de modo separado.

l) Si se ha entregado a cada parte copias idénticas con firmas, para disponer de prueba del acto instrumentado.

m) En el caso de instrumentaciones con matricidad (protocolos, libros, expedientes) si se garantiza la guarda, conservación, archivo, que permita el acceso toda vez que sea conveniente.

La inclusión de la acción de instrumentar (que es técnicamente forma, porque se realiza con movimientos psicofísicos) permite comprender en profundidad el impacto que tiene respecto de la credibilidad de los instrumentos. Dicha credibilidad, una de cuyas expresiones es la fe pública, no deviene exclusivamente de la investidura de los agentes que las realizan (jueces, escribanos, oficiales de registros) sino de la suma de dicha investidura con la realización de conjuntos de garantías.

II.2.f.1. El rol jurídico de las solemnidades

Una de las acepciones del vocablo “forma” remite a requisitos exigidos por la ley, para ciertos actos considerados de especial trascendencia social, destinados a brindar plena validez, con variantes propias de la naturaleza de cada acto (5). Estos requisitos se denominan “solemnidades”. El punto esencial para determinar la extensión de las solemnidades es la intensidad de la protección por parte del legislador, que a su vez depende de la trascendencia y la importancia de los actos seleccionados legislativamente. La forma solemne es forma visceral, ya

(5) ORELLE, José M., “Actos e instrumentos notariales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 12; MOSSET ITURRASPE, Jorge - PIEDECASAS, Miguel A, en *Código Civil comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, “Contratos. Parte general”, p. 277; destacando esta denotación, BARBERO, Doménico, “Sistema del derecho privado”, Ed. EJE, Buenos Aires, 1967, trad. de S. Sentís Melendo, t. I, p. 465, expresa que la clasificación entre actos formales y no formales debe ser entendida refiriendo a actos con forma libre (que son la mayoría) y actos con forma vinculada.

que en ciertos supuestos la forma es constitutiva; sin forma no hay negocio (6). Desde una perspectiva muy amplia, se ha afirmado que la observancia de la forma exigida por la ley es necesaria para la validez del acto (Mackeldey) (7). En otro enfoque más descriptivo, se ha invocado (8):

a) Favorecer la reflexión.

b) Aumento de la calidad y precisión de las declaraciones contractuales.

c) Cuidar la seguridad jurídica.

d) Dar certeza al acto.

e) Facilitar la prueba.

f) Colaborar con los sujetos negociales.

g) Proteger el orden público y la moral social.

h) Permitir el control fiscal.

Recientemente, se ha estructurado una posición doctrinaria sobre las solemnidades, basada en las siguientes notas esenciales (9):

a) La regulación de las solemnidades es regulada en su intensidad por el legislador en toda clase de actos.

b) No se adopta como punto de partida si la regulación se proyecta sobre la validez o la prueba, sino que parte de la importancia del acto y de la conveniencia social para ser regulado, atendiendo a los intereses particulares y de la sociedad.

(6) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F, en sus comentarios a la obra de SPOTA, Alberto G., “Contratos. Instituciones de derecho civil”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., t. III, p. 16.

(7) Cit. por CIFUENTES, Santos, “Negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 203.

(8) MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I., “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, t. 3-B, p. 664; CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 198; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 213.

(9) ORELLE, José M., “Actos...”, ob. cit., p. 130.

c) Respecto de cada clase de actos, existe diferente intensidad de la protección.

d) La relevancia de las solemnidades es consecuencia de la intervención estatal.

e) La diferenciación entre instrumentos públicos y privados no depende de la naturaleza de los instrumentos, sino de la naturaleza de los actos. Los actos públicos generan instrumentos públicos; los actos privados, instrumentos particulares.

f) El fundamento esencial de las solemnidades es la protección o tutela de los ciudadanos respecto de ciertos actos.

Para dicha protección, el ordenamiento jurídico se vale de diversas herramientas, que son aplicadas —como se ha dicho— con diferente grado de intensidad, ya que deben celebrarse: a) por escrito; b) con menciones especiales; c) con autenticación de firmas; d) con intervención de testigos, traductores; e) con intervención de oficiales públicos investidos de funciones específicas, el contralor de los agentes, y la aplicación de procedimientos uniformes.

Las solemnidades son susceptibles de grados de intensidad: la clasificación más moderna, divide los actos en: actos de solemnidad absoluta, de solemnidad relativa y formales no solemnes. Los actos de solemnidad absoluta son aquellos en los cuales la solemnidad es parte esencial del acto, por lo cual su omisión genera la nulidad del acto (10).

Los actos de solemnidad relativa son los mencionados por el art. 1017 del Cód. Civ. y Com. La omisión de la solemnidad no priva de efectos a las declaraciones de los sujetos negociales. No generan el efecto propio del acto, pero generan la obligación de efectuarlo cumpliendo las formas impuestas (11).

Respecto de los no solemnes, pueden acreditarse por otros medios de prueba, aunque, con excepciones regladas, no exclusivamente por testigos (art. 1019, Cód. Civ. y Com.). La omisión de la solemnidad se proyecta sobre la prueba. Si

el acto se ha realizado con las formas impuestas (p. ej., un contrato de locación efectuado por escrito), el instrumento basta como prueba suficiente entre las partes. De haberse omitido, podrá probarse por otros medios, pero la prueba queda a cargo de quien pretenda hacerlo valer (12).

Respecto del bien jurídico protegido por las solemnidades, en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, setiembre 2017, Comisión N° 10) se sostuvo que cabe distinguir dos planos o niveles respecto del bien jurídico protegido. En un plano general, debido al carácter tuitivo de las solemnidades, cabe sostener que se inspiran en el interés general, por lo cual detentan un componente indudable de orden público. Pero, en el marco de la amplísima extensión lingüística de la expresión “orden público” es técnicamente congruente sostener que el bien jurídico protegido por la singularidad de cada solemnidad (como se consignará al tratar cada una de ellas) es el interés particular de los tutelados. Esta distinción tiene fecundas consecuencias en el tema de ineficacia instrumental, ya que, permite —integrando las circunstancias específicas del acto— el brindar al juzgador un espectro amplio de evaluación del impacto de la falta de solemnidad.

II.2.g. Los instrumentos

II.2.g.1. Concepto

El tema de la instrumentación exhibe la necesidad de una descripción pormenorizada de la vinculación entre el hecho y el instrumento. El hecho, considerado en su faz de despliegue de acción humana en tiempo y espacio, es fugaz. Esa fugacidad ha generado la necesidad (no solo en lo jurídico, sino en la necesidad del ser humano de comunicar su pensamiento) de obtener algún modo de representar aquello que se quiere comunicar. Dicha necesidad ha generado los conceptos de documento (sentido amplio) y de instrumento (significado específico jurídico).

Etimológicamente, el origen se halla en el verbo latino *doceo* y de este el vocablo *documen-*

(10) CIFUENTES, Santos, ob. cit., p. 209.

(11) LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F., ob. cit., ps. 14 y ss.

(12) TOBIÁS, José W., “Tratado de Derecho Civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 572.

tum, con tres acepciones primarias: aquello con lo que alguien se instruye, aquello que se refiere a la enseñanza y aquello que se enseña (13). En cuanto al modo de designar el efecto del documento respecto del hecho, se han propuesto los vocablos “expresión” (aludiendo a que expresa un pensamiento humano), “incorporación” (una especie de simbiosis, ya que el pensamiento no vive sin el documento y, perdido este, se pierde su contenido) y más modernamente, con Carnelutti, el de “representación”; ejemplifica: “si muestro el retrato de una persona, la representación, si pronuncio su nombre, la indico” (14).

Los elementos que integran el documento, son su corporalidad (el papel o la materia de que se trate, los elementos inscriptorios), el autor y el contenido (15).

Un aspecto central del tema es la necesaria separación conceptual entre el hecho acaecido y el instrumento que lo representa. El hecho —fugaz— se desarrolla en su realización exterior en tiempo y espacio, el instrumento, resultado de la acción de instrumentar lo fija, registra o representa (16), con diversos niveles posibles de plenitud y fidelidad (17).

II.2.g.2. Los instrumentos son resultado de las acciones

Según mi enfoque, *los instrumentos carecen de forma*, ya que, he definido que el vocablo “forma” alude a los movimientos que los sujetos realizamos en el mundo exterior con la finalidad de obtener el o los resultados que hemos decidido.

Los instrumentos son cosas (18). En su realidad corpórea, material, no cabe duda de que es un objeto material. *Al ser cosas, solo pueden*

(13) PELOSI, Carlos, “El documento notarial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, 4ª reimp., p. 3.

(14) *Ibid.*, p. 8.

(15) *Ibid.*, p. 32.

(16) BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. II, p. 408.

(17) ORELLE, José M., “Actos...”, ob. cit., p. 169, donde se describe el tema de la plenitud y fidelidad, al referirse a la fe pública de los actos notariales.

(18) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 409.

predicarse respecto a ellos cualidades de la existencia: color, legibilidad, completitud o estar con roturas, manchas, alteraciones visibles, haber desaparecido, etc. Pero no es técnicamente acertado expresar categorías propias de los actos: validez, nulidad, oponibilidad.

III. Consideraciones generales sobre los actos y los instrumentos informáticos

III.1. Concepto

La característica esencial de esta clase de actos es que no necesitan de la intervención del ser humano. Ingresado el *enter* o *click* en el dispositivo que se utilice, se ejecuta automáticamente la secuencia que el programa tiene prefijada. El proceso interno generalmente está integrado por algoritmos que desarrollan la secuencia. El factor confianza, que en los contratos tradicionales se adjudica a las partes y a su buena fe, es reemplazado por confianza en el programa de ejecución.

III.2. Se han creado muchas clases de actos e instrumentos informáticos

Algunos son muy simples debido a su finalidad: circulación de información, sin pretender efectos jurídicos: Whatsapp, Twitter, Instagram, etc. Otros emplean firma electrónica simple, sin recaudos adicionales. La firma se agrega mediante un dispositivo *token*.

Un sistema mucho más elaborado, que luego describiré con mayor detalle, es el de la firma digital. Pueden existir sistemas aún más protegidos (NASA) o quizá sistemas privados con altísima tecnología, pero que se aplican exclusivamente en círculos cerrados, ya sea oficiales o privados para sus fines particulares, que no son accesibles al público.

III.3. No todos los contratos son aptos para esta tecnología

Los contratos inteligentes solo pueden ser aplicados a supuestos que resulten verificables de manera objetiva, automática. Por ejemplo, como refiere Legeren Molina (19), el caso de

(19) LEGEREN MOLINA, Antonio, “Los contratos inteligentes en España”, *Revista de Derecho Civil*, 2, vol. V, abril-junio 2018, p. 201.

un contrato con los pasajeros de una línea aérea, por el cual en caso de atraso les corresponda recibir una indemnización. El retraso es un elemento objetivo, comprobable.

Por ello, este tipo de contratos no es aplicable en casos que requieran interpretación (buena fe, consumidor, medio, diligencia, caso fortuito, fuerza mayor). Debido a esta característica, han proliferado en caso de suministro o fabricación de productos, intercambio de bienes por otros, etcétera.

Tampoco aquellos para los cuales la legislación ha impuesto la intervención de agentes públicos (matrimonio, registros) o de agentes a cargo de funciones públicas: actos con intervención notarial, consular, jueces de paz, que por exigir solemnidades específicas de garantía en cuanto a su legalidad, tecnicismo, configuración, asesoramiento antes, durante y después del acto (impuestos, registraciones y otras diligencias tales como notificaciones), no pueden ser realizados de modo electrónico, sin intervención de dichos agentes.

Han proliferado en el mundo financiero por las ventajas de facilitar las cantidades de productos, servicios, calidad, envío, condicionándolos al precio y pagos. Seguros de salud, automóvil, que permiten con relación a los datos biológicos del sujeto, el código determina el contenido, las cláusulas y el tipo de póliza. El auge de estos contratos se intensifica en la medida que se realicen en serie o en gran volumen.

III.4. El tema de la prueba

El punto esencial es la obtención de la traducción técnica de los contratos al lenguaje usual, operación que solo puede ser ejecutada por técnicos expertos, con acreditación de su formación y experticia técnica suficiente. Estos y otros puntos referidos a la prueba dependen de la regulación jurídica que cada país haya implementado.

III.5. Los pagos electrónicos

El régimen legal del pago se encuentra incluido en los Códigos Civiles de todos los países. Los pagos electrónicos carecen de un régimen diferente, por lo cual deberán respetarse los princi-

pios de integridad, identidad, e indivisibilidad; además, el requisito del lugar del contrato, lugar de pago, fechas, horarios, gastos.

Es más dificultoso el tema de la obtención del recibo de pago en esta clase de contratos. Otros supuestos: pago por tercero, subrogación, pago a favor de acreedor aparente y pago por cesión de bienes son hipótesis prácticamente imposibles, al menos en el estado actual de la normativa general.

Un tema que sí tiene carácter de autoejecutable, es el caso de pago con dinero electrónico (*bitcoin, ether, litecoin*) que por sus características permite la autoejecución de la prestación. Su doble carácter de unidad de valor y unidad de cuenta dificultan la funcionalidad y la seguridad jurídica del uso de tecnologías (20).

En estos casos todavía quedan aspectos que el Derecho debe resolver, para adecuar la contratación electrónica a los principios contractuales generales.

IV. Diferencia de acciones entre el modo tradicional y el modo en que el cual se desarrollan en los actos informáticos

IV.1. Actos tradicionales

IV.1.a. Las acciones preparatorias del acto

En los actos que se desarrollan del modo tradicional, agotado el proceso psíquico, se pasa a la acción, concebida esta como el conjunto de los movimientos corporales que se realizan en el mundo exterior.

Es prioritario mencionar que la acción humana también consiste en una programación, que a su vez es resultado del elemento planificación del proceso psíquico. Todos sabemos que, para obtener nuestros objetivos, debemos pensar o imaginar el modo de desarrollarlo en el mundo exterior. Este desarrollo implica programar una secuencia meramente probable, que en general demanda ajustes y correcciones variadas. En síntesis, la necesidad de un programa de las ac-

(20) ECHEBARRÍA SÁENZ, "Contratos electrónicos autoejecutables (*smart contract* y pagos con tecnología *blockchain*)", *Revista de Estudios Europeos*, 70, julio-dic. 2017, monográfico, <http://www.ree.uva.es/>, p. 69.

ciones es natural, cualquiera sea el modo en el cual se realice.

Paso a describir las características esenciales de los actos “naturales”, los que realizamos normalmente:

1. Los sujetos negociales actúan generalmente de modo presencial.

2. Los movimientos son visibles, apreciables por los sentidos humanos.

3. Sus características dependen del tipo de acto, simple, compuesto, muchos movimientos, pocos, movimientos estructurados, con diferentes clases de secuencias.

4. En los actos complejos, los movimientos o acciones en la gran mayoría de los casos requieren ajustes, correcciones y convenios adicionales. Por ejemplo, en un contrato continuo de provisión de servicios y/o mercaderías (típico de las grandes cadenas comerciales) permanentemente deben ajustarse debido a las vicisitudes propias del tipo de organización humana de las sociedades, y de los inevitables cambios que se van generando continuamente.

5. Cuanto más complejo es el acto (p. ej., construcción de una carretera) mayor cantidad de movimientos se requieren y mayores vicisitudes se generan, sobre todo si la realización de la obra demanda un tiempo considerable.

6. Dichos movimientos, como se ha visto, comunican, informan a quienes los perciben. Esta comunicación por sí sola no da cuenta de la totalidad de los actos, pero suministra información. Por ejemplo, la presencia de personas en un predio construyendo informa la existencia de una situación jurídica de posesión presunta. No es plena, puede ser que la presencia sea consecuencia de un arrendamiento, pero respecto de terceros interesados los obliga (diligencia exigible) a profundizar el conocimiento para detectar posibles efectos sobre su propio interés (caso de acreedores) que han contratado con el titular de la parcela.

7. Generalmente en los actos “naturales” existe un permanente diálogo entre los contratantes, necesidad derivada de los ajustes referidos. Los diálogos aportan mucha riqueza comuni-

cativa, ya que permite a través del intercambio precisar de modo mucho más preciso los fines, medios y cláusulas regulatorias.

8. El “nacimiento” de los actos opera mediante el consentimiento contractual, sin perjuicio del aditamento de solemnidades, según sea el tipo de acto.

IV.1.b. La generación del acto. El consentimiento

La iniciación de acciones no siempre finaliza conforme a la planificación. Visualicemos un posible ejemplo: el sujeto decidió adquirir una bicicleta fija, para hacer ejercicio. Hizo algunas averiguaciones previas de modelos, precios y características de cada una. Entre las precauciones, decide ir al médico para consultarlo sobre la decisión y recibe como respuesta que, conforme a su estado de salud, sería mejor otro tipo de ejercicio, supongamos natación. La decisión inicial queda frustrada, por cambio del medio para la finalidad. La finalidad: hacer ejercicio; el medio, en vez de bicicleta fija, natación. Se modifica la decisión inicial en uno de sus matices.

En caso de un desarrollo exitoso de las etapas de desarrollo del acto, se arribará a la generación del acto programado: compra de la bicicleta. Esta generación se realiza mediante el consentimiento contractual. Reitero que el acto en sí (compraventa de cosa mueble no registrable) no es visible, no es acción. Es un efecto normativo conceptual. Las acciones son el conjunto de movimientos psico-corporales que llevan al resultado de la generación del acto jurídico.

IV.1.c. La acción de instrumentar

En sentido estricto, un instrumento contractual clásico se integra con la mención e individualización de los sujetos, el objeto del acto (para el comprador la bicicleta, para el vendedor el dinero), la descripción de las características de individualización del artefacto, la moneda de pago, fechas y horarios de entrega, fecha y horarios de pago, cláusulas penales en caso de incumplimiento, sobre mora, tribunales competentes y toda otra estipulación contractual que el tipo de acto requiera. Además, la firma del documento correspondiente y la entrega de ejemplares, no porque constituyan un requi-

sito de validez conforme al nuevo Código, sino por seguridad para ambos contratantes.

Esta acción de instrumentar, si se hiciera, bastaría con un instrumento particular firmado, conforme a usos y costumbres. De proceder solamente a la emisión de una factura, se trataría de un simple medio de prueba o instrumento probatorio, cuya intensidad probatoria dependería de los requisitos con los cuales se confecciona, factura firmada, firmada con firmas autenticadas, etcétera.

La acción de instrumentar, que es parte de las acciones o forma, se realiza habitualmente sin intervención profesional y sin intervención de agentes públicos. Es de libre elección de las partes, sobre las cuales pesa la carga de la diligencia aplicable a la realización del acto.

En los actos cuyo objeto requiere solemnidades obligatorias deberá cumplirse con ellas.

IV.1.d. El instrumento tradicional

El resultado de la acción de instrumentar son los instrumentos que en cada caso corresponda generar. Los instrumentos tradicionales son escritos en papel, con diferentes niveles de recaudos según el tipo de instrumentos.

La credibilidad del instrumento depende del autor, cuando instrumenta (en el momento o posteriormente), qué clase y características del papel (hojas simples, hojas con recaudos de seguridad que individualicen al comprador, si están foliadas o no), si requieren un orden cronológico preasignado, su formato (cantidad de líneas, separación entre las líneas), admisión o prohibición de espacios en blanco, idioma, abreviaturas, palabras extranjeras, calidad del papel, la obligación de salvar o detallar enmiendas, de consignar cuáles son las correcciones hechas, intervención de testigos, traductores en la acción de instrumentar, etcétera.

Los valores esenciales de la acción de documentar y de los instrumentos son la materialidad (visibilidad de originales) legibilidad, permanencia, inalterabilidad (recaudos que eviten, o al menos disminuyan la posibilidad de ser alterados), legalidad (ausencia de vicios), credibilidad o autenticidad (que depende de los

recaudos para su formación), así como accesibilidad (matrices, guarda, conservación, archivo, facultad de ser consultados).

IV.2. Actos y contratos informáticos

IV.2.a. Se da la posibilidad de muchas clases posibles, por lo cual esquematizaré algunas alternativas más frecuentes.

IV.2.b. Una primera distinción básica es separar los casos de actos generados por programas, de aquellos que se generan de modo "normal", o sea escribiendo en un dispositivo. Ejemplo de la primera hipótesis sería operar con un cajero automático. Ejemplo de la segunda hipótesis sería el caso de un correo electrónico que contiene un contrato de mandato por el cual solicitamos a una persona que está de viaje que nos compre un objeto.

IV.2.c. El proceso psíquico

El proceso psíquico no es diferente para los actos y los instrumentos electrónicos.

IV.2.d. Las acciones preparatorias

El conjunto de movimientos corporales que el o los sujetos desarrollan en la etapa previa a la realización del acto tampoco difieren. Ese conjunto comprende averiguaciones, analizar cómo debe precederse con dispositivos, asesorarse, comprender el modo de proceder, hacer preguntas, conversar con quienes han desarrollado el proceso, etcétera.

IV.2.e. El desarrollo de las acciones

En este punto es donde se evidencia con intensidad la diferencia. El usuario opera con el dispositivo con el cual ha decidido realizar el acto. Ingresar los signos propios del texto a través de la pantalla. Se produce un desdoblamiento de lenguajes. El usuario ve aparecer en pantalla los signos que ha operado en lenguaje natural. El dispositivo "traduce" dichos signos a un lenguaje binario integrado por *bits*, que conforme al programa interno se organizan de un modo específico, que es guardado signo a signo en una operatoria magnética en el disco rígido.

Finalizada la tarea, aparece el texto final. Según el tipo de acto, el texto será enviado a otras

personas, que pueden efectuar ajustes y propuestas. Una vez consensuado el texto final, se genera el consentimiento (en actos bilaterales o plurilaterales).

Según el tipo de programa que contenga el dispositivo que se use, variará mucho el grado de intervención del autor del acto. En el caso de un cajero automático, algunas acciones las realiza el cajero, mientras que otras (inserción de datos, elección entre opciones, posibilidad de corregir datos mal ingresados) es mayor la intervención. En el caso de contratos con criptomonedas, que se vehiculiza a través de *blockchain*, la posibilidad de intervención es mucho menor. En síntesis, es la naturaleza del programa que se utilice la que regula el grado de intervención de los sujetos.

Es más, en el caso extremo de los programas de inteligencia artificial, que no solo ejecutan acciones preprogramadas, sino que generan “secuencias libres” de razonamientos lógico-formales, e inclusive con “aprendizaje”, se desplaza de modo impactante a los artefactos buena parte del modo humano de tomar decisiones.

IV.2.f. La acción de instrumentar

Observando el proceso, cabe describir sus características respecto de la acción de instrumentar:

i) La grafía es de una materialidad diferente a la de los documentos tradicionales: no es tinta, u otra sustancia: son impulsos magnéticos.

ii) No es visible el texto interno.

iii) Son visibles exclusivamente los signos “traducidos” por el dispositivo.

iv) Según el tipo de programas, se generan diversas clases de “instrumentos”. Pueden ser instrumentos no firmados, firmados con firma meramente electrónica, firmados con firma digital.

v) Es más, en Francia ya existen instrumentos notariales informáticos (sin papel) que son resultado de interacción de las partes, que, además, es suscripto por notario, y que se confeccionan con todo el intercambio de volun-

tades clásico, y que se firma con firma digital, con una estructura de alta seguridad configurado con claves, *token*, autoridad de aplicación, guarda de los instrumentos con numerosos *back-up* (21). En la Argentina, varios colegios notariales han creado sistemas informáticos que permiten autenticar firmas, expedición de testimonios. Asimismo, varios registros de bienes (inmuebles, automotores) han incorporando modos de expedición de documentos informáticos. En síntesis, no corresponde realizar afirmaciones generales abstractas. Depende de cada caso.

vi) Cabe reiterar que los grados de credibilidad, validez, ausencia de vicios y oponibilidad y especialmente la autenticidad dependerán de cada caso de los recaudos adoptados para dotarlo de legalidad, certeza, configuración técnica, coetaneidad con la generación del acto, legibilidad, permanencia, inalterabilidad, guarda, acceso.

IV.2.g. El instrumento digital

Como consecuencia de lo expresado en los párrafos anteriores:

i) Es un documento con materialidad diferente a la de los documentos tradicionales.

ii) El documento original es invisible e inaccesible a los sentidos humanos.

iii) Su grafía (medio de fijación) es por fijación magnética.

iv) Su formato interno es también invisible, aunque se supone que es consecuencia de la redacción determinada por el usuario al momento de redactarlo conforme.

v) La legibilidad, perdurabilidad, grado de inalterabilidad, guarda, conservación y archivo también dependen de los requisitos de cada tecnología que se haya aplicado.

vi) El control de legalidad del acto, su redacción técnica, su redacción técnica, la selección de los elementos relevantes para su redacción,

(21) FALBO, Santiago - DI CASTELNUOVO, Franco, “Nuevas tecnologías aplicadas a la función notarial”, Ed. Di Lala - Ed. FEN, Buenos Aires, 2019, p. 117.

autenticidad, control de lo redactado por los firmantes, posibilidad de realizar ajuste producto del diálogo, las enmiendas por errores, lectura y la firma, también dependen de los referidos requisitos de la tecnología aplicada.

vii) Salvo el caso de reglamentaciones que admiten y regulan su empleo en actos en los cuales intervienen autoridades públicas, su empleo masivo se caracteriza por haberse concentrado en actos privados.

viii) Las partes pueden obtener copia del original, tanto en formato digital como una impresión “material” en papel.

ix) Tenemos una experiencia milenaria respecto del modo de considerar los documentos, que se multiplica a un gran conjunto de disciplinas científicas. Carecemos de similar experiencia y certeza razonable respecto de los instrumentos digitales.

x) Un factor especial es el modo en el cual la obtención de conocimiento suficiente debe ser creado y trabajado respecto de la integración de conocimientos técnicos y conocimiento jurídico. El solo hecho de que los juristas repitamos términos técnicos basados en lecturas no es suficiente para sostener que los conocemos en profundidad. El conocimiento no es solo comprender, es experimentar, hacer, encontrar lo esencial. En mi opinión este grado de conocimiento debe ser resultado de un conjunto muy bien diseñado de experiencias, análisis, descubrimientos, avances.

xi) La potencialidad probatoria de los documentos informáticos requiere necesariamente de la intervención de técnicos expertos que examinen los recaudos específicos de cada documento y expliquen qué aspectos ofrecen certeza, cuáles no, y los grados posibles.

IV.3. Síntesis de las diferencias

Sin pretender un listado exhaustivo, algunos de los puntos esenciales son:

IV.3.a. Qué protege o mejora el acto informático

i) La facilidad para ser enviado, sin límites de distancia, debido a su naturaleza.

ii) Facilidad para que diferentes sujetos puedan intercambiar en tiempo mínimo, real, ajustes, cambios, agregados o supresiones.

iii) La posibilidad de mejorar una gran cantidad de procesos: notificaciones, registraciones, tiempos contractuales, relaciones jurídicas a distancia, actos y negocios masivos.

iv) Ha cambiado de una manera inimaginable el modo social de la percepción del tiempo respecto a los vínculos sociales. A partir de su incorporación, todo es “inmediato”, *online*.

v) Ha cambiado el mundo social en prácticamente todas sus expresiones.

vi) Ha tenido, desde su aparición, un crecimiento exponencial, masivo, que —como veremos— se considera que constituye la cuarta revolución social.

IV.3.b. Qué protege lo relativo al instrumento

i) Protege, como consecuencia de su inmediatez, algunos aspectos de la ejecución de los fines de los actos. En el tipo de actos que no requieren solemnidades, facilita su realización.

ii) Disminuye la necesidad de contar con operadores intermedios.

iii) Disminuye costos.

iv) Protege los textos con sistemas de criptografía.

v) Facilita, con diferentes niveles de protección, la firma a distancia.

vi) Permite prescindir de archivos, espacios, sistemas de protección de grandes volúmenes de papel.

vii) Protege la circulación de los instrumentos, en la medida que se consolide y unifique en todos los países un sistema homogéneo de circulación, legalizaciones o validaciones.

viii) En algunos sectores, como el mundo financiero, ha generado una extraordinaria revolución respecto a la cantidad de operaciones, rapidez, automatización, etcétera.

IV.3.c. Qué no protege

i) La capacidad de los usuarios al momento de la realización del acto.

ii) El discernimiento, no solo como aptitud genérica, sino como los grados de comprensión de las partes.

iii) La posible existencia de vicios.

iv) La asistencia de asesores, tanto sea en la parte preliminar de los actos, como en su desarrollo, y control ante vicisitudes.

v) La inalterabilidad de los instrumentos. Las permanentes agresiones, intrusiones y delitos, públicos y permanentes son suficiente evidencia.

vi) La autoría de las partes. No se ha encontrado todavía un modo de asegurar que quien opera con los *tokens* (en sus diversas variantes) es el autorizado para hacerlo.

vii) No garantiza, por falta de conocimiento y experiencia suficiente, que los instrumentos “guardados” queden sometidos al riesgo de su desaparición masiva, ya sea por fallas, por problemas eléctricos, alteraciones magnéticas, por eventos de la naturaleza o por riesgos que no se conocen.

viii) Aun la tecnología *blockchain* tiene riesgos que doctrinariamente se ha propuesto dividir entre riesgos individuales y riesgos sistémicos (22).

Entre los riesgos individuales está el de que alguien se haga con nuestra clave privada para usar el sistema de criptografía de clave pública. Si usamos clave personal estas son bastante accesibles basados en el diccionario de palabras frecuentes o de claves numéricas vinculadas con el usuario. Lo habitual en estos casos es usar un ataque usando cuatro millones de palabras básicas de las que destacan unas pocas miles. Finalmente, si se carece de copia y se da el olvido o la pérdida de la clave, se pierde para siempre el acceso al *bitcoin*. Se calcula que una cantidad superior a los 22 millones de euros se

encuentra en esta situación de pérdida de conexión con su titular. El uso de plataformas agrega el riesgo porque algunas son muy vulnerables.

El segundo riesgo de seguridad personal deriva de la propia dinámica de funcionamiento. Si alguien se aprovecha estafando para realizar un pago, no hay marcha atrás. La cadena es irreversible.

Respecto de los riesgos sistémicos de *bitcoin*, cabe mencionar el riesgo tecnológico consistente en el colapso del sistema que no admite más de tres transacciones por segundo, lo que puede ser insuficiente ante el crecimiento exponencial del uso de red.

Otro riesgo sistémico surge de que ni los nodos ni los mineros ni los diversos agentes intermediarios e inversores del sistema se someten a norma de garantía alguna ni responden por la introducción de datos en el sistema, por ello, diversas compañías de *bitcoin* han quebrado. No hay mecanismos de contención frente a un hundimiento generalizado de los agentes.

Otro riesgo es el mutualista o de coherencia evidenciado por los llamados *hard forks*, o con más propiedad de la división del sistema que se produce cuando es la comunidad de mineros la que se divide y duplica la cadena entera creando dos líneas de desarrollo separadas por modificación del protocolo asumido como cuando *bitcoin* se separó en *bitcoin cash* y *bitcoin gold*. Esto produjo que los titulares de la cadena vieran duplicadas sus anotaciones, aunque la división quedó en parte disminuida por la baja de cotización. Pero desde el punto de vista contable es inadmisibles, ya que, aunque el sistema resistió la operación, dio lugar a movimientos especulativos con los nuevos y viejos nominales.

ix) Tiene un alto grado de clandestinidad, en el sentido de que los pasos que se desarrollan dentro de los dispositivos son invisibles, por lo cual disminuye las posibilidades de la prueba. La compra de un libro en una librería hace visible una gran cantidad de los movimientos necesarios. La compra de un libro por internet disminuye considerablemente la percepción sensorial de las etapas de la adquisición.

(22) ECHEBARRÍA SÁENZ, ob. cit., p. 86.

x) Otra posibilidad es la existencia de errores en la programación, con la consecuente responsabilidad. Este punto abre desafíos jurídicos interesantes. En caso de daños, entre quiénes se distribuye la responsabilidad y cómo: quien encargó el programa, el programador, quien lo distribuye (23).

V. La normativa

Desde la perspectiva del nuevo Código, más la incidencia de la ley 25.506, pueden apreciarse tres acepciones de instrumento electrónico:

a) Los que circulan informalmente en la sociedad (p. ej., los de las redes sociales).

b) Los que detentan resguardos de seguridad privados, en algunos casos con circulación restringida entre sus adherentes (p. ej., bancos o instituciones financieras).

c) Los que exigen el requisito de la firma digital, que —en rasgos generales— presenta como características salientes la intervención de órganos públicos y un conjunto de resguardos técnicos específicos: autoridades de aplicación, empleo de claves públicas y privadas, textos protegidos con mecanismos de criptografía, resguardos de los textos en instituciones oficiales, etcétera.

Desde un plano pragmático, cabe observar que esta clase de instrumentos, no obstante las limitaciones señaladas, ha ganado terreno en el comercio tanto nacional como internacional, desplazando al teléfono, el fax y el télex (24). También se observa un extenso avance en los medios de pago (25) y en la admisión de esta clase de instrumentos en materia probatoria (26). Se ha destacado acertadamente que la aptitud probatoria de los instrumentos

electrónicos se intensifica en caso de estar firmados con firma digital (27).

En el tema, ha irrumpido con particular difusión el sistema denominado *blockchain*, creado con la finalidad de generar un sistema de registro de información, datos, contenido de documentos, etc., con original diseño que apunta a la seguridad. Originariamente fue creado para promover los *bitcoins*, pero luego se ha extendido a otras aplicaciones (28).

V.1. La firma digital. Ley 25.506

La firma electrónica (art. 5º, ley 25.506) es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados, o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerado firma digital. En caso de desconocida la firma electrónica, corresponde a quien la invoca acreditar su validez.

La firma digital (art. 2º, ley 25.506) es el resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. El efecto de la firma digital es conferirle al documento digital presunción (salvo prueba en contrario) de autoría (art. 7º), de integridad.

Agrega el art. 4º de la ley, que se excluye la aplicación a los siguientes actos: a) a las disposiciones por causas de muerte; b) a los actos personalísimos en general; c) a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias, o formalidades incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencia de disposiciones legales o acuerdo de partes.

(23) LEGEREN MOLINA, Antonio, ob. cit., p. 209.

(24) NÚÑEZ, Javier F., “La formación del contrato por medios electrónicos en el derecho comparado”, SJA, 24/08/2016, 73-JA 2016-III.

(25) DE CORES, Juan Carlos, “Innovación tecnológica y derechos de los servicios financieros. Régimen jurídico de los medios de pago electrónicos”, ADLA 2015-3-45.

(26) ROBALLO, Marta H., “La prueba electrónica o informática. Antecedentes, valoración y eficacia en el derecho del trabajo”, DT, dic. 2014, 3295.

(27) CCiv. y Com. Azul, sala I, “González, Hugo A. c. Castellanos, Yanel A. y otro s/ daños y perjuicios, incumplimiento contractual” AR/JUR/22.650/2017.

(28) MORA, Santiago I., “La tecnología *blockchain*. Contratos inteligentes. Ofertas iniciales de monedas y demás casos de usos”, LA LEY 01/04/2019, 1.

Los incisos demuestran la prudencia del legislador al incorporar la firma digital, prudencia que lamentablemente no se ha mantenido en textos posteriores.

V.2. Código Civil y Comercial

Refiere a la firma digital en numerosos textos:

i) Art. 286, que la admite como uno de los modos de expresión escrita.

ii) Art. 288, que regula el requisito que debe reunir la firma digital para quedar asimilada a la firma ológrafa.

iii) Art. 1106, que reitera la admisión para los contratos de consumo.

iv) Art. 286, que la incluye en la categoría de instrumentos particulares no firmados.

v) Art. 319, que consagra pautas para los jueces respecto de las condiciones para evaluar su potencialidad probatoria.

vi) Art. 1107, que en materia contractual exige que el proveedor informe al otro contratante los riesgos que asume debido a la aplicación de esta clase de instrumentos.

vii) Art. 1109, que fija como jurisdicción competente el domicilio en el cual el consumidor recibe la prestación.

viii) Art. 1110, que establece que en los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales y a distancia el consumidor tiene el derecho irrenunciable de revocar la aceptación dentro de los 10 días, computados a partir de la celebración del contrato.

ix) Art. 1020, que determina que los contratos, en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios, pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener prueba de haber sido cumplida la formalidad. Este texto también puede ser aplicado a los documentos informáticos.

x) Art. 1836, referido a títulos valores, admitiendo que puedan emitirse como no cartulares para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación.

Dentro de dicho conjunto, resalta el art. 288 del Código, que es definitorio sobre la equiparación de firma digital con firma ológrafa. Expresa: “en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecha si se utiliza una firma digital que asegure *indubitavelmente* la autoría e integridad del instrumento”. Resalto el vocablo “indubitavelmente” por las consecuencias que genera.

Dicha redacción, según analiza Mora con profunda referencia bibliográfica (29), abre las siguientes alternativas hermenéuticas.

i) El dictado de la ley 25.506 originó un fuerte debate sobre si brindaba suficiente certeza sobre la equiparación de la firma autógrafa a la firma digital, discusión no agotada, aunque la doctrina mayoritaria, conforme al autor que citado, admitía la equiparación.

ii) El nuevo texto del art. 287, al exigir indubitable autoría e integridad, reabrió la polémica, resultado de la cual la mayoría de la doctrina se inclinó por negar la asimilación, invirtiendo el cuadro de la situación. Como expresa Provenzano Casares, citado por Mora, el texto ha creado “una superfirma” digital debido a la exigencia de indubitabilidad.

V.3. Normativa posterior

Se han dictado una gran cantidad de normas. A modo de incompleta referencia: decs. 434/2016, 561/2016, 1063/2016, 892/2017, 894/2017, e implementado, además, numerosos sistemas: Renaper por el Registro Nacional de las Personas, disposiciones de la UIF, coms. BCRA A 6068, A 6072, A 6059, A 6223, A 6600, A 6071 y A 6112. Es fácil deducir que el dictado de una gran variedad de esta clase de disposiciones es permanente.

Este avance tuvo una expansión notable a través de las siguientes normas:

1) Mediante los arts. 128 del dec. 27/2018 y 7º de la ley 27.746, se estableció que los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmen-

(29) MORA, Santiago, “Fintech. Aspectos legales”, Buenos Aires, 2019, t. I, p. 150.

te, expedientes electrónicos, comunicaciones oficiales, notificaciones electrónicas y domicilio especial constituido electrónico de la plataforma de datos a distancia y de los sistemas de gestión documental electrónica que utilizan el sector público nacional, las Provincias, el gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, poderes judiciales, entes públicos no estatales, sociedades del Estado, entes tripartitos, entes binacionales, Banco Central de la República Argentina, en procedimientos administrativos y procesos judiciales tienen para el sector público nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente medida.

2) Mediante los arts. 123 del dec. 27/2018 y 2º de la ley 27.446 se modificó el art. 10 de la ley 26.656, que establecía respecto de los documentos enviados en forma automática por un dispositivo programado y lleve la firma del remitente que se presumirá, salvo prueba en contrario, que el documento proviene del remitente. Por efecto de los textos referidos se reemplazó dicho texto por el siguiente: “cuando un documento electrónico sea firmado por un certificado de aplicación, se presumirá, salvo prueba en contrario que el documento firmado proviene de la persona titular del certificado”.

3) El art. 3º del dec. 182/2019 dispone: “cuando una norma requiera la formalidad de escritura pública para otorgar poderes generales o particulares para diligenciar actuaciones, interponer recursos administrativos, realizar trámites, formular peticiones o solicitar inscripciones, dicho requisito se considera satisfecho mediante el apoderamiento realizado por el interesado en la plataforma de Trámites a Distancia (TAD) del sistema de Gestión de Documentación Electrónica (GDE), salvo disposición en contrario”.

4) En el art. 2º de la Reglamentación a la Firma Digital, que se incorpora como anexo al dec. 182/2019, se dispone que la firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma establecido para la firma ológrafa.

5) En la misma línea, el art. 2º del dec. 962/2018 dispuso sustituir el texto del artículo

del dec. 2080/1980 Reglamentario de la ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, por el siguiente: “A los efectos del último párrafo del art. 3º de la ley 17.801, referido a instrumentos privados con firma certificada, se admitirán los documentos electrónicos firmados oficialmente por las partes presentadas mediante el sistema TAD, del sistema GDE, la que otorgará fecha cierta del documento y de su presentación ante el Registro de la Propiedad Inmueble. Se considerará que la firma digital del documento electrónico satisface el requisito de certificación por escribano público, juez de paz o funcionario competente”.

V.4. Situación actual

Por efecto de la acción promovida por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del art. 4º del dec. 182/2019 y art. 2º del anexo aprobado por el mismo, el Poder Ejecutivo emitió el dec. 774/2019, con fecha 15/11/2019, con el siguiente texto:

“DECTO-2019-774-APN-PTE - Dec. 182/2019. Modificación. Ciudad de Buenos Aires, 15/11/2019. *Visto* el Expediente EX-2019-97967307-APN-DGDA#JGM, las Leyes 25.506 y su modificatoria, 27.446 y el decreto 182 de fecha 11 de marzo de 2019, y

”Considerando:

”Que por la Ley 27.446 se estableció que los documentos oficiales electrónicos firmados digitalmente, los expedientes electrónicos, las comunicaciones oficiales, las notificaciones electrónicas y el domicilio especial constituido electrónico de la Plataforma de Trámites a Distancia y de los Sistemas de Gestión Documental Electrónica que utiliza el Sector Público Nacional, las Provincias, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Municipios, Poderes Judiciales, entes públicos no estatales, Sociedades del Estado, entes tripartitos, entes binacionales, Banco Central de la República Argentina, en procedimientos administrativos y procesos judiciales, tienen para el Sector Público Nacional idéntica eficacia y valor probatorio que sus equivalentes en soporte papel o cualquier otro soporte que se utilice a la fecha de entrada en vigencia de la presente medida, debido a su interoperabilidad que produce su reconocimiento

automático en los Sistemas de Gestión Documental Electrónica, por lo que no se requerirá su legalización.

”Que mediante el dec. 182/2019 se adecuó la reglamentación de la Ley 25.506 y su modificación 27.446, actualizando su contenido a la luz de los avances tecnológicos y de la experiencia de implementación de la Infraestructura de Firma Digital.

”Que resulta adecuado circunscribir en forma expresa dicha reglamentación al ámbito de su interoperabilidad administrativa, evitando posibles interpretaciones que impliquen una eventual contraposición con el derecho de fondo.

”Que ha tomado la intervención de su competencia la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Subsecretaría de Coordinación Administrativa de la Secretaría de Gobierno de Modernización de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

”Que la presente medida se dicta en virtud de las previsiones contenidas en el art. 99, inc. 2º de la CN.

”Por ello, decreta:

”Art. 1º.— Se sustituye el art. 2º del Anexo del dec. 182 del 11 de marzo de 2019 por el siguiente texto: ‘Certificación de firmas. La firma digital de un documento electrónico satisface el requisito de certificación de firma establecido para la firma ológrafa en todo trámite efectuado por el interesado ante la Administración Pública Nacional, centralizada y descentralizada.’

”Art. 2º.— Comuníquese, publíquese, dese a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese. Macri - Marcos Peña e. 19/11/2019, Nº 88767/19 v. 19/11/2019. Fecha de publicación 19/11/2019”.

Por efecto de esta modificación, queda reservado el ámbito de aplicación de la firma digital a los trámites ante la Administración Pública Nacional. Debo destacar que este tema, en el contexto de la pandemia, genera permanente cambio de normativa, por lo cual debe verificarse por los profesionales el estado normativo al momento de efectuar interpretaciones.

VI. Los desafíos que plantea la inteligencia artificial

Aparecen en las noticias periodísticas noticias que parecen haber surgido de una película de ciencia ficción.

VI.1. Abogados robots

- Watson —el sistema informático de inteligencia artificial desarrollado por la International Business Machines Corporation (IBM)— como un abogado. Afirma Ralph Losey, un experto en tecnología legal en el bufete Jackson Lewis. “No propondrá soluciones creativas, pero en lo que respecta a los juegos regulares que juegan los abogados, los vencerá” (30).

- Ross es capaz de escuchar el lenguaje humano, rastrear más de 10 mil páginas por segundo y formular una respuesta mucho más rápido que cualquier abogado humano. Las respuestas de Ross incluyen citas legales, sugieren más artículos para estudiar e incluso calculan una tasa de confianza para ayudar a los abogados a preparar los casos. Además, por tratarse de inteligencia artificial (IA), mientras más consultas recibe, más aprende y su eficacia aumenta. Ross aprende de su interacción con humanos. Este software fue creado por una *startup* canadiense de la Universidad de Toronto. Los investigadores utilizaron la tecnología del recién nombrado superordenador Watson, de IBM, el mismo que en 2011 derrotó ampliamente a dos de los mejores participantes humanos del concurso de televisión *Jeopardy*. El computador inteligente Watson marcó, por esos años, el preludio de un definitivo e irreversible desarrollo de la IA. Gracias a sus algoritmos, Ross puede tener en cuenta la ideología del juez, las partes implicadas en el juicio y los tribunales de menor rango desde los que llegan las causas. Una vez que asimila la información, responde basándose en las leyes vigentes y traduciendo la terminología. A Ross no le hizo falta graduarse de la universidad. El robot Ross rastrea en tiempo real los resultados de sentencias y juicios que han sentado jurisprudencia, de manera que puede advertir cualquier riesgo que represente una amenaza para sus clientes y corregirlo. Además, las respuestas de Ross no son un *copy paste*. Ross in-

(30) Véase en "www.jueces robot- expansión.mx"

terpreta, ejecuta juicios de valor de acuerdo con un meticuloso estudio sobre la jurisprudencia, que almacena en su base de datos. En 2016, la prestigiosa firma estadounidense Baker & Hostetler contrató a Ross para que forme parte del Departamento de Gestión de Quiebras, junto a un numeroso equipo de 50 abogados humanos. Según aseguran sus fundadores, la compañía decidió contratar a esa inteligencia artificial como abogado para formular hipótesis y fundamentarlas con citas de leyes o precedentes legales. Los responsables de la firma explicaron que no son los únicos en haber contratado los servicios de este abogado artificial. Por aquellos años, Ross recibía numerosas ofertas laborales y asistía a modo de prueba a varias compañías relacionadas al mundo legal.

VI.2. *Jueces robots*

VI.2.a. China

El gigante asiático presentó recientemente el llamado Tribunal de Internet de Pekín, un centro de litigios en línea en el que un juez de apariencia femenina, con cuerpo, expresiones faciales, voz y gestos, todo ello modelado sobre la base de un ser humano que, incluso “respira”, basado en la IA, resolverá litigios simples, aunque en esta primera fase funcionará de apoyo a los jueces de verdad. El mencionado tribunal ha desarrollado el denominado Sistema de Cadena de Equilibrio en el que todo el proceso de extracción y conservación de pruebas electrónicas puede comprobarse su trazabilidad y, por lo tanto, su veracidad. Además, la juez de inteligencia artificial —sobre la que las autoridades chinas afirman que es la primera en su género— tiene la capacidad de “estudiar” casos anteriores y verificar la jurisprudencia en tiempo real. “La juez de inteligencia artificial ayudará a los jueces de la corte a completar el trabajo básico repetitivo, incluyendo la recepción de litigios basada en tecnologías inteligentes de síntesis de voz e imagen que permitirán a los profesionales poner toda su atención en los procesos judiciales”, informa Xinhua (31).

(31) Véase en <https://confilegal.com/20191013-china-y-estonia-desarrollan-jueces-virtuales-basados-en-inteligencia-artificial-para-resolver-demandas-de-cantidad/>

VI.2.b. Estonia

Por otra parte, en Estonia, uno de los tres países bálticos, con una población de 1,3 millones de habitantes, se ha puesto a la cabeza de la investigación en lo que allí han denominado “jueces robots” de los que se espera, en esencia, lo mismo que en China. De hecho, se espera que sus jueces de inteligencia artificial comiencen a operar a finales de este año en la resolución de demandas de cantidad hasta un máximo de 7.000 euros. A grandes rasgos, el sistema funciona de la misma forma que el de los chinos. Las partes presentan sus demandas y sus pruebas en formato digital. El juez de inteligencia artificial que están desarrollando analizará la documentación y emitirá una sentencia. La inteligencia artificial permitiría acelerar decenas de casos atrasados que los jueces y secretarios judiciales no pueden hacer frente actualmente. Si alguna de las partes disiente con el resultado siempre podrá presentar un recurso de apelación ante un juez humano. El proyecto lo está llevando a cabo Ott Velsberg, un brillante joven de 28 años, director de Datos del Gobierno estonio.

Los avances de la inteligencia artificial en temas jurídicos es imparable. Dentro de los límites propios del presente estudio, menciono los siguientes puntos (32):

a) Se encuentran íntimamente relacionados el tema de la inteligencia artificial y de la robótica.

b) Se ha creado numerosos sistemas legales inteligentes: el sistema Prometea en la Argentina y replicado en Colombia, en el Departamento de Justicia del Reino Unido se utiliza un sistema denominado NLP; mientras que las fuerzas de seguridad de West Midlands del Reino Unido y Amberes (Bélgica) utilizan el sistema VALCRI. En Holanda se utiliza el sistema HART y en Canadá el sistema Ross. En los Estados Unidos se utiliza el sistema COMPAS que se utiliza en los juicios penales para establecer la razonabilidad y viabilidad del instituto de libertad con-

(32) La bibliografía es muy amplia. Menciono por su clara esquematización los trabajos de BAS, Joaquín - ERAUSKIN, Gaspar, “Las máquinas juzgando conductas humanas, desafíos éticos y jurídicos”, Errejus online, agosto de 2020; y NÚÑEZ, Javier F., “Inteligencia artificial: experiencias y propuestas de regulación en el derecho comparado”, SJA 17/07/2020, AR/DOC/1730/2020.

dicional. El sistema incorpora datos históricos del imputado, precedentes, edad, etcétera.

Estos sistemas no están exentos de cuestionamientos. Un precedente judicial de gran trascendencia es el caso “Loomis”, decidido por la Corte Estatal del estado de Wisconsin. La particularidad del caso es que el máximo tribunal de los Estados Unidos rechazó la revisión del asunto tratado por la Corte Estatal, tras un pedido *de certiorati* de la defensa. El imputado argumentó: 1) que se había violado su derecho a ser condenado sobre la base de información confiable y precisa, ya que, el secreto comercial del sistema no permitía verificar el procedimiento interno lo cual la había impedido conocer cómo se habían calculado las estimaciones de riesgo; 2) que se había vulnerado su derecho a obtener una sentencia individualizada y 3) que se había tenido en cuenta indebidamente su género para determinar la pena.

Las críticas centrales respecto de los sistemas son que generan inseguridad jurídica y discriminación en torno a las valoraciones que realiza el algoritmo, y al secreto comercial que vulnera el derecho de defensa. Sobre el punto de las valoraciones, la doctrina se ocupa de sostener que se ha agudizado lo que se denomina “problema del sesgo” o más apropiadamente el prejuicio de estos (33). Dicho concepto de sesgo indica la posibilidad que los datos acumulados para la alimentación de los algoritmos puedan estar afectados a toda clase de presunciones o preconcepciones (raza, religión, sexo, edad, género, preferencias sexuales) que deriven en vicios de discriminación o segmentación. En otros casos, presunciones también arbitrarias sobre peligrosidad. Los algoritmos tienen una alta dependencia de los datos y los criterios de selección de estos. En síntesis, las redes neuronales dependen de la calidad de los datos sobre los cuales opera. Otro riesgo es el de los sesgos latentes, que tienen lugar cuando el modelo realiza co-

rrrelaciones inapropiadas al establecer falsos nexos entre puntos de datos. Los resultados de las redes neuronales son siempre extensos juegos de correlaciones. De momento no existe un mecanismo simple que permita determinar con certeza las correlaciones que un algoritmo realiza y la fuerza que cada elemento pueda emerger. El problema es que las compañías protegen como secreto comercial —como referí en el caso “Loomis” — sus modelos redes neuronales.

Los desafíos éticos han generado que varias instituciones propusieran un listado de requisitos esenciales para los sistemas: la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Declaración Final de la Conferencia sobre Robótica del Estado del Vaticano y los Principios Éticos del Instituto Future Of Life (2017).

Las directrices son:

a) Intervención y supervisión humana.

b) Que los sistemas que se utilicen sean seguros, confiables y sólidos para resolver errores e incoherencias.

c) Privacidad y gestión de datos por parte de los ciudadanos.

d) Trazabilidad de los sistemas.

e) Impedir la discriminación y falta de equidad.

f) Que los sistemas protejan el bienestar social y medio ambiente.

g) Rendición de cuentas.

h) Respecto a la dignidad y valores humanos.

A modo de corolario, partir de la premisa de que los sistemas estén al servicio de los intérpretes, colaborando en la rapidez de obtención de datos y de conexiones temáticas, aprovechando su potencia y su rapidez, pero que el material que generen quede subordinado a la evaluación de personas.

(33) AMUNASTEGUI PERELLO, Carlos - MADRID, Raúl, “Sesgo e inferencia en redes neuronales ante el Derecho”, CETYS, Universidad San Andrés, 2020.

Firma y firma digital

Rubén H. Compagnucci de Caso

Sumario: I. Firma. Antecedentes y conceptos.— II. Algunos aspectos legales.— III. Código Civil.— IV. Código Civil y Comercial.— V. Firma digital.— VI. Breve exordio y base legal.— VII. Algunos aspectos en el derecho francés.— VIII. Firma digital.— IX. Descripción y diferencias con la firma electrónica.— X. Requisitos de la firma digital.— XI. Efectos de la firma digital.— XII. Conclusiones finales sobre la firma digital.

I. Firma. Antecedentes y conceptos

Recuerdo que en el año 1994 y en ocasión del centenario de la *Revista Notarial* (publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), en un número extraordinario de ese año, escribí sobre “La firma en los instrumentos privados”, y de ese modo traté de desarrollar su significación y efecto como medio y vía de manifestación de la voluntad (1).

En el Código Civil que tuvo vigencia hasta el 01/08/2015, los arts. 988 y 1012 exigían como requisito la firma de las partes (y del funcionario, cuando fuera necesario), tanto para los instrumentos públicos como para los privados. También, y en cierta medida vinculado a ese tema, se planteaban cuestiones sobre la denominada “impresión dígito-pulgar” y la tan difundida “firma a ruego”. Pero quizá lo que aquí pueda interesar —a manera de introito o antecedente— es lo que comúnmente se conoce como “firma”,

(1) La *Revista Notarial* a la que hago referencia es de 1994; fue la edición de un “Número Centenario”, pues la publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires cumplía 100 años de vida en la difusión de las ideas jurídicas. En ese número participaron importantes juristas, a quienes recuerdo con mucho afecto, entre ellos: María Teresa Acquarone (“La expresión de voluntad de las personas jurídicas”), Cristina N. Armella (“El documento notarial sin compareciente”), María Josefa Méndez Costa (“La autonomía de la voluntad en la elección y cambio del régimen patrimonial matrimonial”), Augusto M. Morello (“La seguridad jurídica”) y, muy especialmente, el querido amigo Dr. Félix A. Trigo Represas (“Capacidad y legitimación en el otorgamiento de actos jurídicos”). Mi artículo versó sobre “La firma en los instrumentos privados”, ps. 317 y ss.

es decir, la que realizan las personas en muestra de su grafía individual (2).

La firma constituye una de las tantas maneras que tiene el derecho para completar la forma de los actos humanos en instrumentos públicos y privados, con características que la distinguen de otros elementos; porque de ese modo se manifiesta gráficamente la voluntad de las personas y, además, hace y distingue a cada individualidad. La firma, en mi modesto entender, refleja el carácter, temperamento y espiritualidad de las personas. Pero, en lo que aquí interesa —que no es precisamente lo indicado anteriormente—, la firma va a determinar la voluntad y además la prueba precisa de la autoría del acto (3).

(2) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, 5ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 397, nro. 1584. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, 6ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 186, nro. 986. SPOTA, Alberto G., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968, t. I, vols. 3-7, p. 234, nro. 2041. PLANIOL, Marcel — RIPERT, Georges — ESMEIN, Pierre — RADOUANT, Jean, “Tratado práctico de derecho civil francés”, trad. de M. Díaz Cruz, Ed. Cultural, La Habana, 1945, t. VII, 2ª parte, p. 801, nro. 1459. CARBONNIER, Jean, “Derecho civil. Estudio introductorio”, trad. de M. Zorrilla Ruiz, Ed. Bosch, Barcelona, 1971, t. II, vol. II, p. 337.

(3) SALVAT, Raymundo — ROMERO DEL PRADO, V., “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, 10ª ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1954, t. II, p. 418, nro. 2160. ARAUZ CASTEX, Manuel, “Derecho civil. Parte general”, Ed. Cooperadora de Derecho, Buenos Aires, 1974, t. II, p. 312, nro. 1873. RIPERT, Georges — BOULANGER, Jean, “Tratado de derecho civil, según el Tratado de Planiol”, trad. de Delia García Daireaux, supervisado por J. J. Llambías, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1965, t. I, p. 435, nro. 607. Aparecen decisiones judiciales habituales que

El *Diccionario* de la Real Academia Española define a la firma como: “El nombre, apellido o título de una persona que esta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena para darle autenticidad o para obligarse en lo que en él se dice”, aclarando que “no es solamente escribir el nombre de quien comparece”.

Vélez, en la importante nota correspondiente al art. 3639 del Cód. Civil, donde se regulaba todo lo referido al “testamento ológrafo”, aclaraba: “la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre y apellido, es el nombre escrito de una manera particular según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad”. Ello comienza a dejar en claro algo que todos saben: la firma de ninguna manera constituye y se concreta con escribir el nombre y apellido de la persona, sino que resulta una manera de exteriorizar la voluntad en forma gráfica y con características particulares (4).

Por ello, se han dado diferentes definiciones y aclaraciones. Como buen ejemplo, es importante citar la opinión de Guillermo A. Borda, quien enseña: “La firma normalmente es la manera habitual con que una persona escribe su nombre con el objeto de asumir las responsabilidades inherentes al documento que suscribe...”. A lo que agrega: “Sin embargo el carácter maquina y la frecuencia de su uso, el deseo del firmante de definir su personalidad o de evitar falsificaciones hacen que, en la frecuencia de su uso la escritura degenera en rasgos en los

entienden que los escritos presentados en expedientes con “firmas falsas o apócrifas” constituyen acto nulos o inexistentes (CCiv. y Com. Mercedes, sala II, LL AR/JUR/78656/2014).

(4) La nota de Vélez al art. 3639 que muchos autores citan hace más referencias al “testamento ológrafo”, señalando las ventajas que posee, y de allí la recepción en la mayoría de los Códigos de los países europeos. En la referida nota, es recién en el párr. 3º cuando hace expresa referencia a todo lo referido a la firma. RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, t. II, p. 730, nro. 1289. ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de las sucesiones”, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. II, ps. 344-367, nros. 1111 y 1141. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Sucesiones”, 5ª ed., Ed. Perrot, Buenos Aires, 1980, t. II, nro. 1133.

cuales se hace muy difícil encontrar semejanzas con las letras que componen el verdadero nombre” (5).

Expreso mi plena coincidencia con dicho pensamiento, lo cual me lleva a insistir en que, en la mayoría de los casos, resulta extraño encontrar en esa grafía coincidencias o acercamientos al nombre de su autor. Tal como lo sostuve con anterioridad, esa signatura muestra líneas, trazos o singulares formas que no permiten la lectura del nombre del sujeto actuante, lo cual no impide la atribución autoral a aquel que la realizó. La nota relevante está en determinar si lo hizo el sujeto a quien se le atribuye, si ella es su forma habitual de realización o si la admite (6).

El singular caso que tiene la jurisprudencia nacional muestra, una vez más, las variedades que puede alcanzar el tema. El hecho fue más o menos así: hace algunos años, una persona reconoció en justicia que, en un recibo que se le atribuía, había puesto, en lugar de su firma, una serie de rayas donde, con cierto esfuerzo, se podía llegar a leer las palabras “nada firmo”. Al plantearse la difícil cuestión de decir si ello era o no una firma, la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, y por mayoría, consideró que el instrumento era nulo en razón de que el curioso diseño no era la expresión y manera que tenía el reclamado de expresar su voluntad y forma de suscribir la documentación; en síntesis, que no se trataba de una verdadera “firma”.

Llevado el pleito a ser decidido por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el Superior Tribunal provincial revocó la sentencia, aunque mantuvo la idea de que la grafía referida

(5) BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 186, nro. 986.

(6) TOBÍAS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. III, p. 583. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La firma en los instrumentos privados”, *Rev. Notarial*, La Plata, 1994, p. 318. MACHADO, José O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, Ed. Larousse, Buenos Aires, 1898, t. III, p. 269. En la cita que hace del jurista francés Merlin, afirma que no se entiende firmar cuando en lugar del nombre de familia (apellido) se ha puesto el de otro, o el nombre de una tierra que se posee, o el uso del “prenombre”, o bien solo las iniciales. Por otro lado, señala: “las faltas de ortografía no anulan el documento, como tampoco cuando la escritura resulta ininteligible”.

no constituía una manera de signatura. La condena al ingenioso dibujante se apoyó en que no era posible proteger a aquel que mediante una falsa apariencia de firma pretende engañar y provocar la creencia de haber dado un verdadero instrumento (recibo) que, en su singular apariencia, reunía todos los requisitos (7).

En la doctrina francesa tradicional, es interesante traer como referencia la opinión de Planiol y Ripert, quienes enseñan: “la firma es una expresión manuscrita que indica el nombre de la persona”, agregando: “...y dicha persona entiende hacer suyas las declaraciones del acto”. Es necesario aclarar que, según estos distinguidos autores, “no es solo cuestión de signar sino de aceptar y hacer propias, mediante ese acto, las declaraciones que le precedieron” (8).

A todo ello es posible agregar algunas consideraciones complementarias. Es importante señalar que este tipo de firma debe ser siempre realizada por la mano de la persona que desea exteriorizar su voluntad, y el contenido del acto tendrá eficacia y efectos en la dimensión en que le sea opuesto a quien se le atribuye por aquel sujeto que lo invoca. Es —como ya dije— un grafismo personal que no puede sustituirse por sellos, rayas, imágenes u otro tipo de dibujo (9).

(7) CCiv. y Com. Bahía Blanca, 07/07/1970, LA LEY 141-464. El voto del Dr. Adolfo Pliner es de una estructura y un rigor jurídico dignos de ser destacados, y una vez más muestra la jerarquía científica del juez de ese digno tribunal. Hay un voto en disidencia del Dr. Passi Lanza. El fallo definitivo es de la SCBA, 02/03/1971, LA LEY 144-124; JA 1971-12-579. Este último lleva nota del Dr. José M. López Olaciregui.

(8) PLANIOL, M. — RIPERT, G., “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 794, nro. 1458. TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, 5ª ed., Ed. Dalloz, París, 2000, p. 549, nro. 542, aclara: “*si l'on peut à vrai dire hésiter c'est parce que la signature est quant à l'acte authentique exigé non ad probationem comme exigence de preuve —mais comme condition de validité de l'acte authentique ad validitatem*”.

(9) Es por ello que los autores citados en la nota anterior (PLANIOL, M. — RIPERT, G., “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 794, nro. 1458) señalan: “la firma debe proceder de la persona obligada; el instrumento privado será nulo como tal si la obligación se firma en nombre de una persona por otra, como un secretario”. LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 393, nro.

Los simples rasgos, o iniciales, o la “media firma”, en principio, no deben ser asimilados a una firma completa. Pero es dable considerar que la cuestión no resulta concluyente y no admite desecharse de plano, ya que alguno de los supuestos ofrece ciertas características dignas de consideración. El Código Civil anterior, en el art. 1214, disponía: “Ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que esté solo firmado por iniciales o signos; pero si el que así lo hubiere firmado lo reconociera voluntariamente, las iniciales o signos valen como la verdadera firma” (10).

A ello es necesario agregar que esos signos o iniciales, que el interrogado reconoce como su manifestación de voluntad, aunque no sea la manera habitual de rubricar la documentación, tienen equivalencia con una real firma. En cuanto a las llamadas “medias firmas”, generalmente se las utiliza para dar fe de su control o que existe un acuerdo con el contenido del instrumento entre las personas que integran una de las partes del contrato o documento privado, pero no llegan a tener un contenido de verdadera firma que comprometa a quienes utilizan esa forma. Lo mismo es posible afirmar ante las simples “iniciales” del nombre (11).

Una cuestión muy vinculada a la firma, que tiene cierta particularidad y hoy se halla en desuso,

1586. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “La firma en los instrumentos privados”, ob. cit., p. 319.

(10) RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 733, nro. 1290. ARAUZ CASTEX, M., “Derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 312, nro. 1673. COLIN, Ambroise — CAPITANT, Henri, “Cours élémentaire de droit civil français”, Ed. Dalloz, París, 1923, t. I, ps. 97 y ss.

(11) AUBRY, Charles — RAU, Charles, “Cours de droit civil français, d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zacharie”, 3ª ed., Ed. Cosse, París, 1858, t. VI, p. 376, nro. 756. Al respecto afirmar: “*...La signature des parties forme une condition essentielle à l'existence de tout acte sous signe privé. Elle ne peut être remplacée ni par une simple croix ni par d'autres marques. Un acte simplement sous marques par une des parties doit être considéré comme non avenue*”. Aquí es donde los célebres autores de la ciudad de Estrasburgo hacen referencia a la firma de monseñor Massillon (obispo de Clermont), que lo hacía con una cruz y luego poniendo sus iniciales (J. B.) y su jerarquía de dignidad eclesiástica. Paradójicamente, la jurisprudencia francesa, y para ese concreto acto, consideró que era una verdadera firma.

es la “rúbrica”. Tiene su propia historia, ya que —según algunos dicen— lleva esa denominación porque, en la Antigüedad, el sujeto, antes de suscribir el documento, realizaba una mínima extracción de sangre de un dedo y la colocaba sobre el papel, todo lo cual era una manera de manifestar su voluntad. Con el tiempo dicha costumbre se abandonó y cambió por la firma, y la “rúbrica” pasó a ser un diseño de rasgos ondulados que se colocaban alrededor de la signatura. Tan es así que a mediados del siglo pasado a veces se la utilizaba como sinónimo de la firma, siendo común que alguien preguntara: “¿Ya has puesto tu rúbrica?” (12).

Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, “rúbrica” significa: a) “señal encarnada o roja”, o b) “rasgo o conjunto de rasgos de figura determinada que como parte de la firma pone cada uno después de su nombre o título” (si bien tiene otras significaciones, ellas no hacen al tema). La rúbrica, como la letra gótica que iniciaba algunas frases, han quedado en el recuerdo y la memoria de viejos tiempos.

A modo de síntesis de este primer acápite, es dable señalar la importancia y trascendencia que tuvo y tiene la firma como efecto ológrafo de la muestra de la voluntad del hombre para algunos de sus actos jurídicos; consecuentemente, de tal manera se le atribuyen (otorgando o imputando) las consecuencias de todo ello.

II. Algunos aspectos legales

Sobre el tema hasta el momento desarrollado, y de manera sintética y breve, analizaré lo que estaba previsto en el anterior Código Civil y se regla ahora en el nuevo Código Civil y Comercial.

(12) MACHADO, José O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, ob. cit., t. V, p. 270. LLAMBIÁS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 306, nro. 1582. RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 732, nro. 1290. SALVAT, Raymundo — ROMERO DEL PRADO, V., “Tratado de derecho civil argentino. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 418, nro. 2160. ARAUZ CASTEX, Manuel, “Derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 312, nro. 1673. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 166, nro. 926.

III. Código Civil

El Código Civil anterior —que ya no rige— poseía normas referidas a la firma. El art. 1012 comenzaba la regulación de los “instrumentos privados”, que se explica como una expresión de la voluntad volcada por las partes, sin necesidad de la presencia de otras personas ni del oficial público, pero con la exigencia de su realización “bajo firma privada” (13).

Es un ejemplo típico de la libertad de las formas consagrada en el art. 974 del referido Código, pero con la exigencia de la firma de las partes bajo sanción de nulidad del instrumento. De todos modos, la firma constituía un requisito también para los instrumentos públicos (art. 988), que se extendía a todas las partes del acto, incluido el oficial público (14).

Como dato ilustrativo y referido al tema en tratamiento, el art. 1014 —al que ya hice referencia— daba un sentido de amplitud al concepto de firma, haciéndola extensiva a las “iniciales y signos”, en la medida en que fueren reconocidos como tal por aquel a quien se le atribuyen. Considero que esto último no se trataba de una verdadera signatura, sino que la ley brindaba a esos signos o iniciales un efecto similar, y ello se fundaba más en el reconocimiento que el sujeto

(13) CIFUENTES, Santos, “Comentario al art. 974”, en BELLUSCIO, César A. (dir.) — ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias, comentado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, t. IV, p. 466. DE GÁSPERI, Luis — MORELLO, Augusto M., “Tratado de derecho civil. Parte general”, Ed. Tea, Buenos Aires, 1964, t. I, ps. 198 y 705, nros. 96 y 482. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “El negocio jurídico”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 215, nro. 71. DE LOS MOZOS, José L., “La forma del negocio jurídico”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1968, p. 759. BARBERO, Doménico, “Sistema de derecho privado”, trad. de S. Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I, p. 466, nro. 224.

(14) MACHADO, José O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, ob. cit., t. V, p. 270, cita un fallo de la *Cour de Bordeaux*, que resolvió que la falta o ausencia de algunas letras en la firma de la persona del testador no lleva a pronunciar la nulidad del testamento (fallo del 06/04/1828). MAZEAUD, Henri, Léon y Jean — CHABAS, F., “Leçons de droit civil. Introduction à l'étude de droit”, 12ª ed., Ed. Montchrestien, París, 2000, t. I, p. 598, nro. 415, dicen: “La signature, ainsi indispensable, ne peut être remplacée par une croix ou par des empreintes digitales”. PLANIOL, M. — RIPERT, G., “Tratado...”, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 799, nro. 1457.

hacia de su vínculo jurídico que en la propia significación del diseño o signo **(15)**.

El otro aspecto, interesante por cierto, es el de la firma en el “testamento ológrafo”. El viejo Código Civil, en el art. 3633, de una desmedida extensión y apoyándose en la fuente que fue la tan difundida obra de los juristas de Estrasburgo Charles Aubry y Charles Rau, decía: “En los testamentos en que la ley exige la firma del mismo testador, debe esta escribirse con todas las letras alfabéticas que componen su nombre y apellido. El testamento no se tendrá por firmado cuando solo se ha suscrito el apellido, o con letras iniciales, nombres y apellidos, ni cuando en lugar de suscribir el apellido propio se ha puesto el de otra familia a la cual no pertenece el testador. Sin embargo, una firma irregular e incompleta se considerará suficiente cuando la persona estuviese acostumbrada a firmar de esa manera los actos públicos y privados”.

Es posible observar que la norma, desde la primera afirmación categórica y absoluta, con la exigencia de escribir con todas las letras el nombre y apellido del testador, va declinando su pretensión, al permitir igual efecto cuando se utilizara la firma habitualmente en otros actos. Ello lleva a sostener, como bien lo hace Zannoni, que para que haya una firma que valide la voluntad del testador es suficiente que esa signatura venga a expresar la voluntad del sujeto y sus deseos a ser cumplidos luego de su muerte. En síntesis, la exigencia legal es que reúna los requisitos ya señalados para identificar los rasgos como una verdadera firma **(16)**.

(15) VONTUHR, Andreas, “Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán”, trad. de Tito Rava, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, t. II, vol. II, ps. 196-197, nro. 63. Considera que la firma consiste en el nombre, y ninguna otra designación del otorgante sirve ni es suficiente, como por ejemplo “vuestro padre” o “el director de la Academia de Gimnasia”. Si bien no es necesario el nombre completo, exige que en ese dibujo surja el nombre del otorgante. Se ha juzgado: “El colocar en un recibo solamente la ‘aclaración del nombre’ del acreedor, no puede ser considerado como una firma” (CNCiv., sala K, *in re* “Piccini c. Vergil SA”, LL AR/JUR/1269/2003).

(16) ZANNONI, Eduardo, “Tratado de las sucesiones”, 3ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983, t. II, p. 344, nros. 1111 y 1112. AUBRY, Charles — RAU, Charles, “Cours de droit civil français...”, ob. cit., t. V, nro. 666. FASSI, Santiago C., “Tratado de los testamentos”, Ed. Astrea, Buenos Aires,

Y, en el caso de manifestaciones de voluntad *post mortem*, es posible la eficacia y efecto del acto cuando se utilizan seudónimos, nombres artísticos, apodos u otras palabras o títulos con los cuales se conoce públicamente al testador; rasgos o firma que no identifican ni muestran el verdadero nombre y apellido de la persona, pero denotan la directa intención de manifestar su voluntad libremente y el conocimiento público que identifica a la persona **(17)**.

IV. Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial, que inició su aplicación el 01/08/2015, trae algunos artículos muy actualizados a la nueva tecnología y muestra un más ancho campo respecto del criterio o los elementos mediante los cuales es posible desarrollar y manifestar la voluntad humana. Entre dichas normas, el art. 288 se refiere específicamente a la “firma”. Este artículo, en su primer párrafo, define la firma manuscrita u ológrafa, y en el segundo, la “firma digital”. También tienen conexidad con ello los arts. 286, 287 y 290, sobre “instrumentos públicos”; el art. 307, inc. f) (escrituras públicas); y los arts. 313 y 314, en la regulación de los “instrumentos privados” **(18)**.

1970-1971, t. I, p. 106, nro. 131. En un fallo se sostuvo que “la escritura del nombre y apellido del causante en el testamento ológrafo obra como una verdadera firma del testador pues cumple con lo dispuesto en el art. 3633 del Cód. Civil” (CCiv. y Com. Mercedes, sala II, LL AR/JUR/784656/2014).

(17) CICU, Antonio, “El testamento”, trad. de Manuel Fairén Martínez, Ed. R. D. P., Madrid, 1959, p. 74, nro. 9. El ilustre profesor italiano enseña: “Se discute si la firma tiene otra función además de identificar al testador e indicar que la voluntad escrita es su auténtica voluntad”, y agrega más adelante: “...De ordinario se atribuye otra función a la firma, no solo la de cerrar el testamento, sino también la de reconocer su valor, afirmando que lo que allí está escrito es la voluntad real y definitiva del testador en aquel momento”, a lo cual añade que, por lo observado, la firma no solamente tiene valor documental, sino también sustancial.

(18) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, ps. 584 y ss. El distinguido jurista aclara bien que el art. 288, párr. 2º, “agrega la referencia a los ‘signos’, y omite, en cambio, la de la habitualidad, apartándose en este último aspecto del Proyecto de 1998 (art. 266)”. VENTURA, Gabriel, “Comentario al art. 288”, en BUERES, A. J. (dir.) — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (coord.), *Código Civil y Comercial y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t.

El art. 288 dispone: “La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en su signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”. Es decir, en el artículo se identifican en su naturaleza y fines tanto la firma autografiada como la digital.

Sobre la primera, la definición no es del todo correcta y, además, resulta imprecisa, pues exige que se escriba “el nombre” o “su signo”. Creo que ha sido un error legislativo ingresar ese concepto de firma en la normativa, pues no aparece en concordancia, sobre todo por lo que se ha dicho al respecto, que está lejos de coincidir con ese concepto. En cuanto al “signo”, de manera absoluta se rechaza que un simple signo o marca pueda ser una firma (19).

Pero es dable reconocer que el encabezado, que subraya los efectos y las funciones de la firma, es acertado. Creo que he fatigado con aquello de que mediante la signatura se prueba la autoría y, asimismo, se muestra la voluntad del

I-B, ps. 219 y ss. CCiv. y Com. Azul, JA 73-716. CNCiv., sala H, LA LEY 1991-B-317. CNTrab., sala V, DJ 1992-2-845.

(19) *Id.* nota anterior, y ORELLE, José M., “Comentario al art. 288”, en ALTERINI, J. H. (dir.) — ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. II, p. 421. COSOLA, Sebastián J., “Comentario al art. 288”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, t. I, p. 660. LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 397, nro. 1585. En la muy importante opinión del Dr. Llambías, en el caso de iniciales o signos, dice: “Los caracteres consignados aunque provenientes del interesado, no lo son a modo de firma, no se les podrá atribuir ese carácter: es el caso de las iniciales u otros signos que se suelen poner para indicar que el escrito ha sido revisado por el signante, pero no pueden invocarse contra él para imputarle el contenido como manifestación de su voluntad”. Sin embargo, en un fallo se sostuvo: “... un contrato de locación con opción de compra donde se consignan solo iniciales del ‘locador-vendedor’, resulta perfectamente válido y cumple con el requisito de la firma” (CNCiv., sala E, LL AR/JUR/3452/2004).

sujeto, con extensión a la totalidad del instrumento (20).

El otro aspecto donde se realiza su importancia es en el testamento ológrafo, tal como se señaló en el análisis del Código Civil anterior. El tema tiene su desarrollo en los arts. 2477 y 2478, que integran el tít. XI, cap. 2, de la sec. 2ª, que se hallan en el Libro V (“Transmisión de derechos por causa de muerte”). En la primera de esas normas se indica cuáles son los requisitos, que desde el *Ancien Droit* francés han llegado a nuestros días (21).

En el párr. 3º se indica, entre los elementos necesarios para la validez del acto, la firma del testador, que debe ser colocada al final de las disposiciones testamentarias, desinteresando que se encuentre antes o después de la fecha. Como dato curioso nada más, es importante

(20) PLANIOL, M. — RIPERT, G., “Tratado práctico de derecho civil francés”, ob. cit., t. VII, 2ª parte, p. 794, nro. 1458. TERRÉ, F., “Introduction générale au droit”, ob. cit., p. 549, nro. 532, enseña: “*Au demeurant le nouvel art. 1316-4 du Code Civil, dispose dans son alinéa premier: ‘La signature nécessaire à la perfection d’un acte juridique identifie celui qui l’appose. Elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui découlent de cet acte.’*”. RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 734, nro. 1291. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., “La firma en los instrumentos privados”, ob. cit., p. 318. BORDA, Guillermo A., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 166, nro. 926.

(21) BONFANTE, Piero, “Instituciones de derecho romano”, 3ª ed., trad. de Luis Bacci y Andrés Larrosa, revisada por Fernando Campuzano Horma, Ed. Reus, Madrid, 1965, p. 504, nro. 200, dice que el “testamento” fue el negocio más importante en la vida jurídica y social de Roma, y su aspecto más esencial fue la “institución y designación de heredero”. CASTÁN, José, “Derecho civil español, común y foral”, 8ª ed., revisada y puesta al día por D. José B. Montero Ríos y José M. Castán Vázquez, con la colaboración de D. Juan Vallet de Goytisolo, Ed. Reus, Madrid, 1979, t. VI, vol. II, p. 15. Enseñan que el antecedente romano sobre el testamento como instituto jurídico se encuentra en el derecho pretorio romano, que afirma su carácter de unilateral, pero —según estos autores— el ológrafo nace con el Código Civil francés de 1804 (*Code Napoléon*) y hoy es receptado en casi todos los Códigos del mundo. FERRER, Francisco A. M., “Comentario al art. 2477”, en ALTERINI, J. H. (dir.) — ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, ob. cit., t. XI, p. 684, refiere que el testamento ológrafo nace en el derecho francés, con la famosa Ordenanza Real sobre Testamentos, que fuera obra del canciller D’Aguesseau, del año 1735. De allí es receptado en el *Code Civil*.

aclarar que el Código Civil derogado, en el art. 3639, preceptuaba que el testamento ológrafo, “en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado, de la mano misma del testador”, lo que dio lugar a un debate jurisprudencial alrededor de si la fecha colocada *a posteriori* de la firma hacía nulo al acto, o no era un requisito esencial formal que afectara su validez. Hoy, ante la afirmativa del art. 2477, desaparece la dubitación con respecto a dicha cuestión (22).

Es en el art. 2476 donde el Código Civil y Comercial viene a reglar todo lo vinculado a la firma en los testamentos en general. Allí se indica que cuando se exija la suscripción por parte del testador, este debe sujetarse a la misma forma que utiliza habitualmente para signar instrumentos públicos y privados. Aclara que los errores ortográficos o alguna omisión de letras no afectan la validez del instrumento (23).

La razón y el efecto de la firma son los ya vistos para los instrumentos que la exigen, sean públicos o privados, entre los que se hallan los testamentos. De allí que los simples trazos irregulares, los signos, el colocar solo iniciales o medias firmas u otro diseño de forma irregular, o indicar simplemente el parentesco (v.gr.:

(22) AZPIRI, Jorge O., “Comentario al art. 2477”, en BUERES, Alberto J. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación analizado*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, t. II, p. 591, aclara muy bien que “la firma debe estar necesariamente después de las disposiciones, pero la fecha puede ponerse antes o después de ella. La firma al pie implica convalidar lo escrito con anterioridad”. PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, nro. 1040. MOREIRA, Javier H., “Comentario al art. 2477”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. VI, p. 461.

(23) FERRER, F. A. M., “Comentario al art. 2476”, en ALTERINI, J. H. (dir.) — ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. XI, ps. 682-683. ZANNONI, E., “Tratado de las sucesiones”, ob. cit., t. II, ps. 344 y ss., nro. 1112 y ss. AZPIRI, Jorge O., “Derecho sucesorio. Incidencias del Código Civil y Comercial”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2015, p. 299. Para el derecho francés: TERRÉ, François — LEQUETTE, Yves, “Droit civil. Les successions. Les libéralités”, 11ª ed., Ed. Dalloz, París, 1997, p. 298, nro. 566. En cuanto a la condición de la firma (p. 308, nro. 577), dicen: “*Le testament doit être signé de la main du testateur (art. 970 du Code Civil). C’est là une formalité substantielle à laquelle il ne peut-être supplée*”.

“tu tío” o “el abuelo”, “tu hermano José Carlos”, etc.) no suplen la firma. En cuanto a los pseudónimos o títulos de personas famosas, si ello tiene difusión suficiente y la persona es conocida públicamente de esa manera, se ha considerado que pueden ser asimilados a una firma (24).

De todos modos, debo aclarar que en este tema no es posible pretender una precisión absoluta o sentar reglas estrictas. Los jueces han sabido entender e interpretar cuándo la firma del testador corresponde a su real voluntad y le pertenece a fin de considerarla como tal (25).

V. Nuevas formas de manifestación de la voluntad

En esta segunda parte me ocupo de todo aquello vinculado a las modernas formas de exteriorización de la voluntad con la utilización de la cibernética, y de su medio concreto en la electrónica. Más específicamente, la denominada “firma digital”, que lleva esta denominación y de ese modo tiene difusión, aunque su concepto —es dable destacar— no es coincidente con la significación que dan los diccionarios al vocablo castellano “firma”.

VI. Breve exordio y base legal

El art. 288 del Cód. Civ. y Com., en su 2ª parte, dispone: “..En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indudablemente

(24) CICU, A., “El testamento”, ob. cit., p. 73. MOREIRA, J., “Comentario al art. 2476”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G., *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. VI, p. 459. CASTÁN, J., “Derecho civil español, común y foral”, ob. cit., t. VI, vol. II, p. 75, cita un pronunciamiento del Supremo Tribunal español de 1918, donde se declaró la validez de un testamento en el que la firma consistía en el nombre de la testadora seguido de su rúbrica. SANTOS BRIZ, Jaime, “Derecho civil. Teoría y práctica”, Ed. R. D. P., Madrid, 1979, t. VI, p. 296, afirma que colocar una signatura distinta a la habitual implica falta, pero es válido el uso de un pseudónimo conocido, o título nobiliario, o un apodo usual.

(25) BORDA, G. A., “Tratado... Sucesiones”, ob. cit., t. II, p. 1133. Con la claridad que lo distingue, enseña que es conveniente dejar al criterio judicial, conforme a las circunstancias particulares del caso, apreciar si se trata o no de una verdadera firma que expresa la voluntad del testador.

te la autoría e integridad del instrumento”. Esta norma tiene una conexidad e inmediatez con el art. 286 del mismo Código, que establece: “La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos o instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos” (26).

De todo el alongado texto de los dos artículos es relevante señalar que cuando el art. 286 se refiere a los instrumentos públicos o privados firmados o no firmados, y a los otros —que ubica como: “...puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su texto...”—, está estableciendo diversas formas —y no agota el número— en que el mundo exterior puede conocer la voluntad de las personas. Como bien decía el art. 913 del viejo Cód. Civil: “Ningún hecho tendrá el carácter de voluntario, sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”. Como se ha afirmado reiteradamente: “La voluntad se exterioriza por medio de la oralidad, por signos escritos, hechos privadamente o ante un funcionario público o notario, con o sin testigos”, y ahora sumamos el sistema informático o la cibernética para mostrar los deseos con contenido jurídico (27).

La firma en los instrumentos escritos en papel, como se trató de mostrar antes, tiene una característica particular: la hace el obligado a ello y para concretarla usa su mano. Esta, que

(26) VENTURA, Gabriel, “Comentario al art. 286”, en BUERES, A. J. (dir.) — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (coord.), *Código Civil y Comercial y normas complementarias*, ob. cit., t. I-B, ps. 216 y ss. COSOLA, Sebastián J., “Comentario al art. 286”, en RIVERA, J. C. — MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial comentado*, ob. cit., t. I, p. 658. TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., p. 582.

(27) CANO MARTÍNEZ DE VELAZCO, Ignacio, “Exteriorización de los actos jurídicos: Su forma y la protección de su apariencia”, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, ps. 11 y ss. DE LOS MOZOS, José L., “La forma del negocio jurídico”, en *El negocio jurídico*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, ps. 383 y ss. COMPAGNUCCI DE CASO, R. H., “El negocio jurídico”, ob. cit., p. 207, nro. 68. DE CASTRO, Federico, “El negocio jurídico”, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 293, nro. 357.

lleva como adjetivación ser “digital”, se desprende de la manualidad directa, pues es el efecto de un sistema complejo y solo conocido por los expertos (28).

Para completar el panorama legal, la ley 25.506, sancionada el 14/11/2001 y promulgada el 11/12/2001, prevé normas sobre la firma digital, el documento electrónico y la telecontratación —también llamada contratación a distancia—, y regula los medios para ello y la veracidad y autenticidad de esos instrumentos. En lo que aquí interesa, se establecen reglas que llevan a individualizar a los sujetos que intervienen, atribuyéndoles autoría; de ese modo, se trata de asegurar su inalterabilidad.

Debo aclarar que la ley citada ha sido modificada parcialmente por el DNU 27/2018, y más luego ratificado por la ley 27.446 del 30/05/2018. Esta última norma derogó los siguientes artículos de la ley 25.506: arts. 4º, 18, 28, 35 y 36; y modificó los arts. 10, 27, 29, 30, inc. b), y 34 (29).

VII. Algunos aspectos en el derecho francés

En Francia, la ley del 13/03/2000 modificó varias normas del Código Civil, especialmente lo dispuesto en el art. 1316-4, ubicado en el Libro III, tít. III, cap. VI; crea la categoría del *acte authentique*, y en uno de sus apartados se ocupa de la firma digital. Dice al respecto: “*Lorsqu'elle est électronique, elle [la signature] consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache. La fiabilité de ce procédé est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire as-*

(28) CHAMATROPULOS, Demetrio A., “La firma digital en las relaciones laborales”, DT 2011 (nov.), 2007; LL AR/DOC/2558/2011. VENTURA, Gabriel, “Ley 25.506, firma digital”, en BUERES, A. J. (dir.) — HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, t. VII-B, ps. 599 y ss. FORNARI, María J. — LAVALLE COBO, Jorge E., “Comentario a la ley 25.506”, en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) — ZANNONI, Eduardo (coord.), *Código Civil y leyes complementarias...*, ob. cit., t. IX, ps. 1324 y ss.

(29) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, p. 587, hace notar e indica los efectos que produjo el decreto referido en la derogación de algunos artículos de la ley 25.506 o la modificación en sus normas.

surée el l'intégrité de l'acte garantie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat" (30).

Como resulta simple entender, esta clase de firma (*électronique*) consiste en utilizar un procedimiento adecuado y confiable que ofrece y presume que pertenece al sujeto a quien se atribuye la autoría. También se adiciona la integridad del acto, aunque —como toda presunción— puede destruirse mediante la prueba en contrario (31).

También se regula el documento electrónico, que desarrolla la ley citada del 13/03/2000. Ayuda a liberalizar los medios probatorios, adecuándolos a los medios modernos de comunicación, internet, etc., y de ese modo se brinda vida activa al comercio electrónico. Como enseña el Prof. François Terré: “...*D'abord l'art. 1316 nouveau, aux termes duquel 'la preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite des lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission'" (32).*

VIII. Firma digital

En esta parte desarrollo todo lo vinculado con la “firma digital”, su íntima relación con la “firma electrónica” y su aplicación en la nueva legislación del derecho privado.

IX. Descripción y diferencias con la firma electrónica

El concepto de firma digital es brindado por el art. 2º de la ley correspondiente, y el de firma electrónica, por el art. 5º. En cuanto a la firma digital, dice: “...es el resultado de aplicar a un

documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma”.

Es bueno aclarar, tal como dice Molina Quiroga, que el verbo “digitalizar” deriva de “dígito” y significa convertir algo en números, y mediante dicha codificación se la puede llevar a “textos”, “imágenes”, “videos”, “sonidos”, etc. Por su parte, la firma —que es el tema en tratamiento— se descifra por una clave que sirve como huella digital (33).

Aquellos autores que han profundizado en los aspectos técnicos enseñan que se trata de un sistema de criptografía asimétrica, en el cual el usuario posee dos claves, una privada y otra pública. Esta última es conocida y difundida hacia todos aquellos que enviarán información o documentación; en cambio, la privada permanece en poder del titular y se debe mantener en el mayor secreto, ya que resulta fundamental para resguardar la integridad y seguridad de las personas (34).

Para este tipo de signatura es imprescindible la existencia de un tercero intermediario, pues —como lo indica el art. 2º de las leyes respectivas— “la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación permita individualizar al firmante...”. Por ello, ambos —el titular y el tercero— deben acceder a la clave, y de esa forma es posible conocer al titular y dar autenticidad al documento correspondiente. A todo ello se agrega como

(30) TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, ob. cit., p. 549, nro. 532. MAZEAUD, H., L. y J. — CHABAS, F., “Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit”, ob. cit., t. I, vol. I, p. 599, nro. 415.

(31) *Id.* nota anterior. CATALA, Pierre, “Le formalisme et la dernière technologie”, en *Le formalisme*, Ed. Ass. Henri Capitant, 10/12/1999. GAUTIER — LINANT DE BELLEFONDS, “L'écrit électronique et les signatures qui s'y attachent”, *Juris Classeur Périodique*, 2000-I-236.

(32) TERRÉ, François, “Introduction générale au droit”, ob. cit., p. 579, nro. 576.

(33) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Documento y firmas electrónicas o digitales”, LA LEY 2008-F-1088. VENTURA, Gabriel, “Comentario al art. 288”, en BUERES, A. J. (dir.) — COMPAGNUCCI DE CASO, R. H. (coord.), *Código Civil y Comercial y normas complementarias*, ob. cit., t. I-B, p. 222.

(34) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, ps. 587 y ss. FORNARI, M. J. — LAVALLE COBO, J. E., “Comentario a la ley 25.506”, ob. cit., t. IX, p. 1329. CHAMATROPULOS, Demetrio, “La firma digital en las relaciones laborales”, ob. cit.

elemento necesario el “certificado digital”, previsto en el art. 13 de las leyes citadas (35).

Por su parte, la denominada “firma electrónica” posee algunas diferencias con la digital, que corresponde señalar. El art. 5º de las leyes se ocupa de ello, y dispone: “Se entiende por firma electrónica el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como un medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica, corresponde a quien la invoque acreditar su validez”.

Sin perjuicio de ser observable la redacción del artículo, lo que no resulta razonable es que se identifique la figura como una relación subsidiaria cuando no reúne los requisitos del otro tipo de firma. Pero, dejando de lado sutilezas puntillistas, es posible considerar que este tipo de firma constituye el género, y se producen sus efectos cuando se muestra el conjunto de datos electrónicos “integrados, ligados y asociados” de manera lógica, que obran como un medio de identificación del titular.

Como bien lo explica el Prof. Tobías, se trata de “procedimientos electrónicos que cumplen el rol de identificación y atribución del mensaje de datos de quien lo origina”. Y dichos medios de identificación —agrega— deben ser apreciados según el grado de seguridad que representen y las circunstancias de cada caso (36).

X. Requisitos de la firma digital

El art. 9º de las leyes respectivas dispone los elementos a cumplimentar para crear una firma digital. Ellos son los siguientes: a) que al crearse la firma referida debe hallarse vigente el certificado digital válido del firmante; b) encontrarse

(35) El certificado digital está previsto en el art. 13 de las leyes referidas. Dice: “Se entiende por certificado digital el documento digital firmado digitalmente por un certificador que vincula los datos de verificación de firma a su titular”.

(36) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, p. 587. Del mismo autor: “Comentario al art. 288”, en ALTERINI, J. H. (dir.) — ALTERINI, I. E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado...*, ob. cit., t. II, p. 421.

debidamente certificada la referencia a los datos que obran en el mentado certificado; y c) que el certificado haya sido emitido o reconocido por un “certificador licenciado”.

Algunos comentaristas, como los distinguidos autores María J. Fornari y Jorge Lavallo Cobo, incorporan como requisito previo la necesidad de que la firma digital vaya a integrar un documento digital susceptible de ser suscripto, ya que —aclaran bien— un documento no digital no puede receptor una firma del tipo analizado (37).

En lo demás indicado en el art. 9º, es importante señalar que el certificado digital posee un período de vigencia, desde su expedición hasta su conclusión, tal como lo impone el art. 15. Es casi de toda razón que la firma digital solo puede utilizarse en el tiempo de virtualidad que dispone la referida certificación.

Asimismo, deben quedar debidamente autenticados los datos del firmante. Con esto se trata de dar veracidad y debida legitimidad al acto que lleva la signatura; es una especie de situación comparativa y expresión de seguridad que se brinda utilizando el procedimiento correspondiente (38).

Y, por último, la seguridad se traslada al certificado, que debe contener por sí mismo los elementos que lo garantizan, especialmente la emisión y verificación por un “certificador licenciado”.

XI. Efectos de la firma digital

Resulta de suma relevancia determinar cuáles son las consecuencias que produce la relación de un documento que lleva firma digital. Pare-

(37) CHAMATROPULOS, Demetrio, “La firma digital en las relaciones laborales”, ob. cit. FORNARI, M. J. — LAVALLE COBO, J. E., “Comentario a la ley 25.506”, ob. cit., t. IX, p. 1349, afirman que “el sistema de las firmas digitales se apoya en procedimientos de certificación que permiten resolver los problemas de identificación del emisor y de inalterabilidad del texto emanado de este”.

(38) MOLINA QUIROGA, E., “Documento o firma electrónica o digital”, LA LEY 2008-F-1088. VENTURA, G., “Comentario a la ley 25.506 (firma digital)”, en BUERES, A. J. (dir.) — HIGHTON, E. (coord.), *Código Civil y normas complementarias*, ob. cit., t. VII-B, ps. 509 y ss.

ce conveniente señalar que resultan efectos de ese acto: a) la presunción de autenticidad; b) la de garantía, con el consiguiente valor probatorio del documento; y c) una cierta equiparación con la firma manuscrita.

El art. 7º de la ley afirma y consagra una presunción (*iuris tantum*) de la autenticidad de la firma, lo cual viene a implicar que dicha signatura se puede atribuir a la persona que aparece como su titular en el certificado digital, al que ya hice referencia (39).

Ello da una mayor relevancia a esta forma de suscripción de documentos electrónicos, ya que quien pretenda desconocer o rechazar el haber firmado tendrá como carga procesal demostrar fehacientemente que hubo un error o se produjo un fenómeno no previsto, y además que no le es atribuible. Todo ello deberá someterse al estudio de técnicos o expertos en la materia electrónica, que logren explicar la causa que dio o pudo dar lugar al hecho nocivo.

El otro efecto que surge de la normativa que regula la firma digital es que esta —con cierta similitud a la firma ológrafa— garantiza la integridad del documento signado. Es el art. 8º que dispone sobre ello, al ordenar: “Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma” (40).

Aquí la verificación realizada por el certificador —como bien explican Fornari y Lavalle Cobo— es “lógica consecuencia fáctica del uso de técnicas de encriptado utilizadas en el proce-

dimiento de creación de una firma digital, que produce la inalterabilidad de la información contenida en el documento” (41).

Este es un efecto de enorme utilidad práctica, ya que la presunción derivada de técnicas muy específicas —y totalmente ignotas para quien esto escribe— lleva a que se produzca una inversión del *onus* probatorio, que da un cierto beneficio y mayor celeridad a los efectos negociales.

Y, por último, algo más terrenal y simple: la casi asimilación entre la firma digital y la firma que surge de la mano del sujeto titular. El art. 288 del Cód. Civ. y Com. establece esta manera de equiparación, ya que indica que cualquier instrumento que se realice por medios electrónicos debe llevar la firma digital, como el instrumento público o privado que se configura en un papel exige la firma de las partes, y a veces la del funcionario o notario (42).

Sin embargo, y a pesar de dicho acercamiento, existen algunas diferencias entre ambas. La primera diferenciación se da en la manera de su generación: una mediante la mano y la otra utilizando medios técnicos que surte la informática. Además, la digital va siempre unida a un documento, ya que —como bien señala el Prof. Tobías— el contenido y el instrumento se integran en un solo bloque. En cambio, la autografiada puede aparecer sin que se concrete el documento, como acaece en la señalada “firma en blanco”, donde aún no se muestra el instrumento pero el acto puede surtir efectos jurídicos (43).

(41) FORNARI, M. J. — LAVALLE COBO, J. E., “Comentario a la ley 25.506”, ob. cit., t. IX, ps. 1343 y ss.

(42) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 397, nro. 1584. SPOTA, A. G., “Tratado... Parte general”, ob. cit., t. I, vol. 3-7, p. 234, nro. 2041. MACHADO, J. O., “Exposición y comentario del Código Civil argentino”, ob. cit., t. III, p. 269. RIVERA, Julio C., “Instituciones de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. II, p. 730, nro. 1289. SALVAT, R. — ROMERO DEL PRADO, V., “Tratado... Parte general”, ob. cit., t. II, p. 418, nro. 2160.

(43) TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, p. 587, afirma: “La señalada equivalencia de la firma digital con la firma manuscrita determina que el documento electrónico signado digitalmente quede equiparado a un instrumento privado”.

(39) *Id.* nota anterior y TOBIÁS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, ob. cit., t. III, p. 586. MÁRQUEZ, José F., “La Ley de Firma Digital argentina”, *Anuario de Derecho Civil*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2003, t. VI, p. 214.

(40) En un importante pronunciamiento, la CNCiv., sala K, 04/11/2015, LL AR/JUR/613318/2015, sostuvo: “La firma digital tiene como presunción (*iuris tantum*) la de autoría de su titular y de integridad con el documento suscripto”. MOLINA QUIROGA, E., “Documento y firma electrónica o digital”, ob. cit., p. 1089. CHAMATROPULOS, Demetrio, “La firma digital en las relaciones laborales”, ob. cit.

XII. Conclusiones finales sobre la firma digital

Para terminar, y como simple cuestión accesoria y apreciación estrictamente personal irrelevante, observo que todas estas complejas cuestiones, dificultosas explicaciones y desarrollos de las nuevas técnicas vinculadas a la ultramodernidad resultan de mayúsculo efecto en el desarrollo de los negocios y en la vida

VENTURA, Gabriel, "Firma digital y documento notarial", LA LEY 2004-B-1274.

social activa. Pero, como detalle anecdótico, me permito observar que poseen poco contenido jurídico vinculado a las acciones humanas. Hay en esto una especie de abandono del humanismo, que aparece desplazado por fríos mecanismos técnicos que pertenecen a otras ciencias, más rígidas y perfectas —por cierto—, pero con mucho menos contenido espiritual. De todos modos, y a pesar de ello, es imposible negar su sentido práctico y su suprema importancia en la vida actual, demostrados en el ahorro de energía física y la simplificación del tiempo.

Economía colaborativa: concepto, regulación y responsabilidad civil

Norma O. Silvestre
Sandra M. Wierzba

Sumario: I. Introducción.— II. Definiciones y denominaciones.— III. Economía colaborativa: notas sobre su realidad actual.— IV. Regulación legal de las actividades de las plataformas colaborativas: complejidades de una construcción necesaria.— V. Los actores de la economía colaborativa.— VI. Responsabilidad civil en el entorno de la economía colaborativa.— VII. Reflexiones finales.

I. Introducción

Entre los múltiples y variados cambios sociales, culturales y económicos asociados a la modernidad y a la revolución tecnológica, se destaca el concepto de “economía colaborativa”, que implica una modificación relevante en las formas de consumo y de provisión de bienes y servicios. Esta figura involucra muy variadas actividades que se han desarrollado rápidamente en los últimos años, todas ellas mediadas por plataformas digitales.

En este trabajo, discurriremos inicialmente sobre sus distintas denominaciones, sobre la experiencia que se viene haciendo a su respecto y, asimismo, sobre los beneficios y los desafíos que se advierten en su desarrollo. Todo ello luce como una base necesaria para cualquier enfoque jurídico que se ensaye sobre esta figura, tan trascendente como ajena a las construcciones tradicionales.

Luego nos abocaremos a su análisis jurídico, reflexionando sobre la necesidad de regulación, repercusiones en diversas áreas del derecho y alcances contractuales. Finalmente nos detendremos en sus implicancias para el derecho de daños.

II. Definiciones y denominaciones

La economía colaborativa se asocia a “modelos de negocio en los que se facilitan activi-

dades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”. Puede desarrollarse con o sin ánimo de lucro y supone una relación tripartita, que involucra, por un lado, a *prestadores de servicios* que pueden ser “pares” o “profesionales”, quienes comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias; a *usuarios de los servicios*; y a *intermediarios* que conectan a los prestadores con los usuarios, mediante una plataforma en línea (1)(2).

En otros términos, se ha postulado que se trata de “un sistema económico en el que los activos o servicios se comparten entre particulares, ya sea en forma gratuita u onerosa, generalmente a través de Internet” (3). En este tipo de definiciones se destaca el hecho de poder ce-

(1) Conf. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda europea para la economía colaborativa”, Bruselas 2.6.2016, COM (2016) 356, final, disponible al 6/6/20 en file:///C:/Publica/Tech/Agenda%20europea%20econom%C3%ADa%20colaborativa.pdf.

(2) Ver asimismo, JARNE MUÑOZ, Pablo, *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Madrid, Reus, 2019, p 13/15.

(3) Conf. Oxford dictionaries, según traducción de las autoras de la definición disponible al 16/7/20 en <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/sharing-economy>

lebrarse transacciones entre pares o “de igual a igual” (*peer to peer*), incluyéndose la creación, la producción y el consumo compartido de bienes y servicios accesibles a todos por intermedio de plataformas en línea y aplicaciones de teléfonos inteligentes (4).

También se han ensayado otras denominaciones para esta moderna forma de consumo, como la de “economía compartida”, que permite incluir no solo las transacciones de igual a igual para compartir activos subutilizados, sino también las propias de empresas con consumidores y las actividades que se refieren únicamente a la provisión de servicios, con la condición de que todas estas transacciones se realicen a través de una plataforma en línea (5).

Desde otra lectura, se ha propuesto denominar a este fenómeno “economía de acceso”, porque lo esencial en su caso sería el acercamiento a bienes y servicios, con independencia de quién sea el propietario (6). Así, más que responder a una idea nueva, esta forma de relación supondría una vuelta a la práctica tradicional del trueque, pero con la eficiencia que hoy en día aporta la mediación tecnológica. De hecho, la idea de “colaboración” no suele estar presente en los modelos bajo estudio, que generalmente descansan sobre relaciones sinálgmáticas entre partes que buscan beneficiarse de una transacción, faltando el interés común o un comportamiento “pro-social”, como objetivo inherente a una verdadera economía colaborativa (7).

(4) BEAUMONT, Karolina, *The Collaborative Economy in Poland and Europe: A Tool for Boosting Female Employment?*, *CASE Working Papers*. No. 2 (126) Warsaw: CASE - Center for Social and Economic Research.

(5) ATHANASSIOU, Ersi - KOTSI, Agapi, "Sharing economy-Collaborative economy: Use of services in Greece", *Greek Economic Outlook*, issue 38, 2019, ps. 46-54

(6) ECKHARDT, Giana M. - BARDHI, Fleura, "The Sharing Economy Isn't About Sharing at All", *Harvard Business Review*, January 28, 2015, disponible al 9/7/20 en <https://hbr.org/2015/01/the-sharing-economy-isnt-about-sharing-at-allckhardt>

(7) ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier, "Digital cooperatives as channels for digital work in the context of the collaborative economy" (Las cooperativas digitales como canales para el trabajo digital en un contexto de

Desde otro punto de vista, para describir el fenómeno aparecen enlaces con el concepto de “economía GiG” (8), que remite a la ocupación de personas que tienen trabajos temporales o que realizan trabajos diferentes, cada uno pagado por separado, en lugar de trabajar para un único empleador (9), es decir, a iniciativas de trabajo esporádico; y a la *on demand economy*, donde las compañías tecnológicas cuentan con grandes grupos de proveedores que esperan la solicitud de los consumidores a través de una aplicación en línea (10).

Asimismo, se hace referencia al concepto de “economía de plataformas”, en atención al elemento siempre presente en esta forma de relación —la plataforma digital—, fórmula que resulta hoy habitualmente empleada en distintos foros internacionales (como OCDE y FEM) (11). Este concepto incluye sin duda las plataformas de venta *online*, cuyo análisis excluimos de este trabajo, para dedicarnos especialmente a los supuestos de prestación de servicios.

Se advierte a simple vista que varias de las conceptualizaciones, denominaciones y hasta acrónimos asociados a las nuevas tecnologías y a los desarrollos generados con su mediación

economía colaborativa), University of Deusto, España, 2019, Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo, No. 54/2019, Bilbao, págs. 75-96. Por ello, el autor considera aconsejable elegir los modelos cooperativos de economía colaborativa, donde se reúnen personas con necesidades comunes o con interés de colaborar para lograr un objetivo común.

(8) HRUSKA, Lubor - KRAJCIK, Vladimír - FORMÁNEK, Ivo, "The Conceptual Model of Collaborative Economy", *Scientific Papers of the University of Pardubice. Series D. Faculty of Economics and Administration; Pardubice N.º 42*, (2018).

(9) Cambridge Dictionary, definición disponible al 16/7/20 en <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/gig-economy>.

(10) ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier, *Digital cooperatives as channels for digital work in the context of the collaborative economy*, cit.

(11) Conf. MADARIAGA, Javier, CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert y POPEO Clara, "Claves para entender la economía colaborativa y de plataformas en las ciudades", disponible al 22/07/20 en <https://www.cippecc.org/publicacion/claves-para-entender-la-economia-colaborativa-y-de-plataformas-en-las-ciudades/>

proviene del idioma inglés. Dicha lengua se habla en distintas naciones que acunaron el diseño de nuevas formas de consumo y economía mediadas por las TIC (12), que luego alcanzaron una franca proyección en el mercado global. Ello sin duda propició otro tipo de calificaciones como la de “economía disruptiva”, reiteradamente propuesta a nivel regional en referencia al instituto analizado, con fundamento en que esta provoca la ruptura o alteración brusca del *statu quo* de un mercado o sector del mercado, desbordando los moldes tradicionales de las relaciones jurídicas y configurando una nueva oferta de valor que llega al usuario de forma completamente distinta a las tradicionales (13).

En el presente trabajo podremos apelar a distintas denominaciones, pero concentradas en el análisis de la moderna modalidad de prestación de servicios cuya característica es la mediación de una plataforma en línea para la concertación del vínculo entre usuario y prestador.

III. Economía colaborativa: notas sobre su realidad actual

En los últimos años, la economía colaborativa ha experimentado un rápido crecimiento, tanto en cuanto al número de usuarios, como al volumen de las operaciones y los ingresos que genera, dando lugar a un verdadero desafío para los modelos económicos ya establecidos.

Algunos ejemplos que han alcanzado gran adhesión a nivel internacional y en nuestro medio, se identifican con aplicaciones digitales para el transporte (Uber, Cabify, Carpooling), la habitabilidad (Airbnb, *couchsurfing*), los servicios de mensajería (Glovo, Pedidos Ya, Rappi) y

(12) Tecnologías de información y la comunicación.

(13) DELPIAZZO, Carlos E., Universalización de Derechos, Economía Disruptiva y Derecho Administrativo Global, Revista de Derecho Público -Uruguay-, No. 50 - Noviembre 2016, ISSN 2301, disponible al 17/7/20 en <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/delpiazzo.php>. Ver asimismo FERNÁNDEZ BRIGNONI, Hugo, Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada economía disruptiva, en Rev. Derecho Laboral (Montevideo, 2016), tomo LIX, N° 261, p. 33 y ss.

las finanzas (*crowdfunding*) (14). Pero las experiencias de economía de acceso involucran un extensísimo abanico de actividades (15), como el turismo (servicios de guías locales; estadías en viviendas por canje; trabajo a cambio de alojamiento); el uso de indumentaria (mediante préstamo), la agricultura (financiamiento de agricultores, uso de maquinaria ociosa) y hasta la prestación de servicios de salud —rehabilitación cardiopulmonar por voluntarios entrenados hasta la llegada de la ambulancia, en casos de emergencia (16)—.

Este tipo de relaciones se asocia al sector de las pymes, considerado generalmente como el motor principal de la economía y generador de la mayor parte de los puestos de trabajo. En Europa, se destaca su valor para la inclusión de los jóvenes, las mujeres, los migrantes, las personas de edad avanzada y otros grupos vulnerables y para la disposición de formas flexibles de emprendimiento y de empleo. A su vez, se considera que la digitalización de las empresas resulta un factor esencial para mantener y mejorar la competitividad de la Unión Europea. Fue en consideración de tales parámetros y teniendo como norte la promoción de la justicia y la protección social que esta comunidad política elaboró una serie de criterios ordenadores en la citada “Agenda europea para la economía colaborativa”, con carácter no vinculante (17).

Desde el punto de vista de las relaciones de consumo, se advierte que la economía colaborativa presenta aristas bien diferentes a las del consumo tradicional. En este último, lo ca-

(14) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa y plataformas digitales", Editorial Reus, Madrid 2019, ps. 33-35.

(15) Puede verse un cuadro descriptivo en HRUSKA, Lubor; KRAJCIK, Vladimír - FORMÁNEK, Ivo, "The Conceptual Model of Collaborative Economy", cit., p. 83.

(16) Hay variadas referencias periodísticas a este modelo de prestación de servicios por voluntarios, por ejemplo en <https://ambulancetoday.co.uk/uncategorized/united-in-benevolence-an-interview-with-eli-beer-founder-president-of-united-hatzalah-of-israel/>, disponible al 30/07/20.

(17) Conf. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Una agenda europea para la economía colaborativa”, cit.

racterístico es una relación bipolar entre un “profesional” (genérico de productores y comercializadores) y un “profano”, usuario o consumidor (el débil de la relación) **(18)**, a quien en función de su vulnerabilidad le asiste un fuerte régimen protectorio (en la Argentina, conf. art. 42, CN y LDC). En cambio, en la economía disruptiva, se altera significativamente la forma en que los consumidores buscan satisfacer sus necesidades, postulándose —al menos teóricamente— la desaparición del sujeto profesional y una relación que se entabla entre dos consumidores en pie de igualdad. Sus relaciones quedan rediseñadas completamente, por el modo en que se cruza la oferta y la demanda en los mercados en línea. Los actores realizan una actividad cuyos contornos no se encuentran bien definidos en la normativa de derecho privado vigente en los distintos países, generándose un mercado abierto que potencia relaciones jurídicas de difícil incardinación en los esquemas tradicionales **(19)**.

Aparece también la figura del “prosumidor”, que inicialmente fuera asociada a los cibernautas que con la revolución del web 2.0. dejaron de ser meros lectores de contenidos de internet, para producir y compartir sus propios textos, fotografías y vídeos **(20)**. Luego, el prosumidor se identificaría con el individuo que se encuentra a ambos lados del proceso productivo, comprendiendo a todas aquellas personas que prestan, con frecuencia diversa, servicios en el marco de la denominada economía colaborativa **(21)**. Ahora bien, en algunos casos se observa que es-

(18) SANTARELLI, Fulvio, "Contrato y Mercado", Bs. As., Thomson Reuters-LA LEY, 2018, p. 160.

(19) VILALTA NICUESA, Aura Esther, "La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 2018 p. 300, disponible al 22/7/20 en https://www.academia.edu/37881864/La_regulaci%C3%B3n_europea_de_las_plataformas_de_intermediarios_digitales_en_la_era_de_la_econom%C3%ADa_colaborativa

(20) Con base en MC LUHAN, Marshall - NEVITT, Barrington, "Take Today: the Executive As Dropout, Harcourt Brace Jovanovich", NY, 1970 y TOFFLER, Alvin, *La tercera ola*, Plaza & Janés, 1981, p. 262.

(21) JARNE MUÑOZ, Pablo, "El prosumidor como figura clave en el desarrollo del derecho", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 19/2016, disponible al 22-3-

tos nuevos modelos involucran individuos que de un modo más o menos velado desarrollan una auténtica actividad profesional de prestación de servicios, sin cumplir todavía con las obligaciones que las distintas normativas sectoriales imponen. El prosumidor, entonces, es una figura que debe ir delimitándose, de tal modo de poder definirse el estatuto al que será sometido **(22)**.

Tan novedoso fenómeno naturalmente cuenta con defensores y detractores. Los primeros ven en las plataformas colaborativas una realidad que llegó para quedarse, con externalidades positivas muy importantes, que estaría modificando la economía y el derecho, en cuanto a este corresponde encuadrar su estructura jurídica **(23)**. Entre ellas, se destaca la posibilidad de hacer más con menos recursos y con un uso más eficiente de estos; la valorización del *acceso* frente a la *propiedad*; el impacto ambiental positivo, por reducirse la necesidad de fabricar bienes; la potenciación de los ciudadanos como agentes económicos a pequeña escala y la autosuficiencia a nivel de los grupos pequeños; como, asimismo, ciertas prácticas de gobierno abierto, facilitadoras de la evolución hacia modelos de democracia más participativa **(24)**. A su vez, en ciertas encuestas realizadas a los usuarios, sobresalen ventajas del sistema como un más conveniente acceso a los servicios —en términos de precio—; la disponibilidad de calificaciones y comentarios de otros usuarios; la posibilidad de intercambiar servicios en lugar de pagar para ellos y la oportunidad para interactuar con “personas interesantes” **(25)**.

Desde una óptica diametralmente opuesta, se esgrime que, bajo el velo de lo colaborativo,

19 en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1127/956>

(22) *Ibidem*.

(23) GRANERO, Horacio R., "La economía disruptiva es un fenómeno imparables?", *elDial.com* - DC239A, 09/08/2017.

(24) Conf. MADARIAGA, Javier - CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert y POPEO, Clara, "Claves para entender la economía colaborativa y de plataformas en las ciudades", cit.

(25) ATHANASSIOU, Ersi - KOTSI, Agapi, "Sharing economy-Collaborative economy: Use of services in Greece", cit.

se han desarrollado verdaderas actividades empresariales que han desvirtuado la esencia de este nuevo tipo de economía. Es así que lo central no sería ya la relación entre el hospedero y el estudiante extranjero que se aloja en su casa a cambio de una prestación en forma esporádica; o la de quien accede en su tiempo libre a transportar o entregar pedidos y las personas que los reciben; sino que en la economía de acceso operarían centralmente verdaderas empresas de alojamiento, transporte o recados por detrás de aquellas relaciones y con base en una profesionalizada organización comercial. Se afirma que los ejemplos más exitosos de la economía de acceso involucran organizaciones multinacionales cuya participación se ha transformado en habitual, profesional y lucrativa, evadiendo los controles legales aplicables al tipo de actividad involucrada (26). Y según esta mirada, si bien los proveedores de servicios aparecen muchas veces como cuentapropistas, lo cierto es que ellos no solo mantendrían un alto grado de dependencia económica en el marco de una desigual correlación de fuerzas con la administradora de la plataforma digital, sino que esta ejercería un intenso control sobre la forma de trabajo, en lo que se ha dado en llamar la *uberización* de las relaciones laborales. Es así que los nuevos proveedores de servicios accederían a “un trabajo sin jefes, pero sin garantías ni derechos”, en un escenario donde el paradigma de la sociedad salarial estaría en crisis (27).

A su vez, la brecha digital que limita el acceso a este tipo de economía a un segmento importante de la población —especialmente relevante en Latinoamérica— y el abuso o mal uso de la tecnología, constituyen grandes retos para la figura bajo estudio (28). Y en algunas encuestas realizadas a los usuarios, las principales desventajas informadas —en relación con los canales tradicionales— fueron la falta de claridad sobre quién es responsable en caso de un problema;

(26) FACAL, Julio “La uberización del turismo en la República Oriental del Uruguay” Citar: elDial.com ,DC22DE, 17/04/2017.

(27) RAMÍREZ, Luis Enrique “El futuro del trabajo ¿Qué trabajo?, elDial.com - DC2300, 27/04/2017.

(28) Conf. MADARIAGA, Javier - CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert - POPEO, Clara, “Claves para entender la economía colaborativa y de plataformas en las ciudades”, cit.

las valoraciones y comentarios engañosos atribuidos a otros usuarios; el mal uso de datos los personales y la menor confianza en los proveedores de servicios ofrecidos (29).

IV. Regulación legal de las actividades de las plataformas colaborativas: complejidades de una construcción necesaria

IV.1. La situación europea

En Europa se ha planteado la existencia de un vacío legal, que podría afectar varias áreas del derecho (laboral, fiscal, civil, comercial y administrativo, entre otros), provocando incertidumbre sobre la situación de los integrantes de la relación contractual tripartita, ya que la figura no encaja de manera clara en la categoría propia de los proveedores de servicio de internet, ni en la de las *webs* normales de comercio (30). Así, por ejemplo, se mantiene una controversia sobre si los propietarios de plataformas o aplicaciones son simples intermediarios o verdaderos empleadores, en discusiones inacabadas, por las particularidades de emprendimientos que contienen algunas de las características de una relación laboral, pero, asimismo, componentes del autoempleo (31).

En este sentido, se postula la conveniencia de una regulación, por cuanto muchas de las manifestaciones de la economía colaborativa no siempre pueden encuadrarse en los conceptos y supuestos de hecho fijados por las disposiciones legales preexistentes, pensadas para realidades sociales distintas (32). Además, estar a la som-

(29) ATHANASSIOU, Ersi - KOTSI, Agapi, “Sharing economy-Collaborative economy: Use of services in Greece”, cit.

(30) ORTI VALLEJO, Antonio, “Las relaciones contractuales en las plataformas de economía colaborativa”, en ORTI VALLEJO, Antonio - GEMMA RUBIO, Gimeno (dir.), *Propuesta de regulación de las plataformas de economía colaborativa: perspectiva general y sectoriales*, Navarra, Aranzadi, 2019, p.85

(31) ARRIETA IDIAKEZ, Francisco Javier, “Digital cooperatives as channels for digital work in the context of the collaborative economy”, cit.

(32) DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, “La regulación de la economía colaborativa (El caso ‘Uber contra el taxi’)”, *Revista ceflegal*, cef, núms. 175-176 (agosto-septiembre 2015), disponible al 6/8/20 en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/54302/112244.pdf?>, p. 76

bra del derecho facilita la elusión de las normas y de allí que la mayoría de la doctrina adhiera a esta postura (33). Se afirma que el régimen jurídico debe ser adecuado a las características del servicio y a los intervinientes, valorándose las circunstancias, los riesgos y las externalidades que deriven de cada actividad (34).

Sobre los motivos que han impedido o retrasado la regulación, se invoca la complejidad de encarar la forma de funcionamiento y la actividad económica que genera cada plataforma en un tipo legal; además, la amplitud de servicios, bienes y tipos de colaboraciones que pueden construir los particulares a través de la economía colaborativa, unida a que cada plataforma es diferente y genera una interacción prácticamente única, obliga a un análisis caso por caso para poder definir sus interacciones y enmarcar legalmente la actividad (35).

A nivel regional, a pesar del gran interés que han suscitado los dictámenes emitidos por el Comité Económico y Social Europeo, el primer gran documento elaborado por la Unión Europea en relación con el consumo colaborativo es la citada "Agenda europea para la economía colaborativa", que abordó las principales cuestiones que plantea el tema, ofreciendo algunos criterios que deberán tenerse en cuenta para legislar sobre el régimen de las plataformas que

77 y 82 y VILALTA NICUESA, Aura Esther, La regulación europea.... cit., p. 301.

(33) KATZ, Vanessa, "Regulating the Sharing Economy (2015)", *Berkeley Technology Law Journal*, citado por ORTI VALLEJO, Antonio, Las relaciones contractuales.....cit , p. 85.

(34) PIZARRO NEVADO, Rafael, "El régimen jurídico administrativo del consumo colaborativo", en *Régimen jurídico del consumo colaborativo*, Humberto Gosalbez, Pequeño, Aranzadi (dir.), Año 2019, capítulo disponible al 12/8/20 en https://www.academia.edu/39985530/PIZARRO_NEVADO_2019_EI_r%C3%A9gimen_jur%C3%ADdico_administrativo_del_consumo_colaborativo, p.221 y 240.

(35) AZNAR TRAVAL, Alberto, "Derecho, Economía colaborativa y Nuevos modelos de negocio: sector del transporte, blablacar y UBER", p .9 disponible al 7/8/20 en <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/63009/00%20TFM%20-%20ALBERTO%20AZNAR%20TRAVAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. En sentido similar, VILALTA NICUESA, Aura Esther, La regulación europea...., cit., p. 301.

prestan servicios en la red (36) y a la que hacemos reiteradamente referencia en este trabajo.

Algunos Estados han adoptado medidas de política legislativa que tratan parcialmente el fenómeno en sus aspectos administrativo y fiscal (37). Así, por ejemplo, Italia habría sido el primer país europeo que encaró la regulación a través de un proyecto de "Propuesta para disciplinar las plataformas digitales", más conocido como *Sharing Economy act* (38). De allí surge que, si bien el legislador es consciente de la existencia de un gran número de modelos de plataformas —cada uno con características propias—, considera posible extraer una serie de normas comunes a todos ellos, siempre que se trate de una relación entre pares. Al efecto, se establece un registro electrónico nacional de plataformas digitales en el que todas ellas deberán inscribirse con carácter obligatorio, si cumplen con los requisitos que se exigen. Ello da la posibilidad de gravar las rentas que genere la actividad de la economía colaborativa no profesional. A su vez, para diferenciar la actividad realmente colaborativa de otros modelos, se establecen unos baremos cuantitativos relacionados con las rentas que obtengan los prestadores, con el fin de considerarlos pares o profesionales. Al mismo tiempo, el proyecto busca evitar un excesivo control de las plataformas sobre los prestadores del servicio subyacente, exigiendo una serie de requisitos negativos, como los siguientes: la plataforma no podrá imponer al usuario operador una forma de exclusividad o tratamiento preferencial hacia ella; tampoco podrá imponer el control de la ejecución de la prestación del usuario operador, en particular a través de aparatos o sistemas de *hardware* o *software*; no podrá fijar tarifas obligatorias para los

(36) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa ...", cit. p. 49.

(37) VILALTA NICUESA, Aura Esther, "La regulación europea ...", cit. p. 301.

(38) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", cit., p.57; RICCIUTO, Vincenzo, "Sharing Economy ed economia digitale. Problemi e prospettive di regolazione italiana nel contesto europeo", en ORTI VALLEJO-GEMMA RUBIO, cit., p.46. Expresa el autor que en la Cámara de Diputados hay un proyecto de ley (C3564) titulado *Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell'economia della condivisione*.

usuarios operadores; ni excluirlos del acceso a la plataforma, o penalizarlos por motivos que no sean graves y objetivos (39).

En España, las plataformas de préstamo, también llamadas *crowdlending* (40), fueron reguladas en la ley 5/2015. Se trata de plataformas que mediante un *click* conectan a miles de inversores, pequeños ahorristas dispuestos a financiar proyectos de particulares o de pymes. Se trata de empresas de punta en tecnología e innovación, que actúan de manera profesional porque se dedican de forma habitual y a cambio de un rendimiento económico, a prestar variados servicios a través de internet. Son el resultado de combinar tres elementos esenciales: 1) un proyecto que necesita financiación lanzado por una pyme o un particular; 2) los aportes de pequeños inversores no profesionales; y 3) la plataforma, que a través de internet conecta a sus clientes inversores y promotores. El promotor es la parte prestataria y el inversor, el prestamista. La norma exige la inscripción de las plataformas en el Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, quien debe autorizarlas a funcionar.

Desde otro punto de vista, hay voces contrarias a la regulación, en cuanto consideran que el derecho común de los contratos puede contribuir a aclarar el difuso panorama (41), o que la regulación no debe consistir en normas globales que sistematicen todos los aspectos de la economía colaborativa, sino solo en normas específicas para cada sector en aquellas actividades que generen más controversia (42).

(39) RICCIUTO, Vincenzo, "Sharing Economy...", cit., p. 52, nota 13; JARNE MUNOZ, Pablo, "Economía Colaborativa", cit., p. 59, nota 61.

(40) SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, "Inmaculada, La protección de los usuarios en los servicios prestados por las plataformas de financiación participativa de préstamo", en ORTI VALLEJO, Antonio - GEMMA RUBIO, Gimeno (dir.), *Propuesta de regulación de las plataformas de economía colaborativa*, cit., p.231.

(41) ORTI VALLEJO, Antonio, "Las relaciones contractuales", cit., p.85.

(42) ESCUIN IBAÑEZ, Irene, en el prólogo de la obra *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Directores ALFONSO SÁNCHEZ, Rosalía y VALERO TORRIJOS, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, disponible al

Asimismo, se postula que, encontrándose el fenómeno en sus estadios iniciales, la promulgación de una normativa en la materia podría suponer un freno al desarrollo de nuevas formas de economía colaborativa, o bien su obsolescencia anticipada, en atención a la extraordinaria evolución de estas plataformas (43).

IV.2. Panorama a nivel local y regional

IV.2.a. Generalidades

En nuestro país no existe una regulación específica e integral para las plataformas colaborativas. Sí contamos con proyectos de leyes para la regulación de algunas de sus especies en áreas y jurisdicciones puntuales, jurisprudencia mayormente atinente a sus aspectos laborales, doctrina cada vez más presente y referencias relevantes en la ley y en la jurisprudencia con relación a nuevos institutos jurídicos que funcionan a través de plataformas, pero plantean relaciones distintas a las propias de la mediación de servicios.

Así, por ejemplo aparece una referencia a los "portales de venta o subastas online" en el Anteproyecto de reforma a la Ley del Consumidor del año 2018 (44).

Asimismo, es bien conocido el precedente "Rodríguez, María Belén c. Google"(45), ema-

12/8/20 en revistas.webs.uvigo.es > CES > article > download 1383-Texto do artigo-2723-1-10-20190705 .pdf, p. 482.

(43) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", cit. p. 56.

(44) Texto completo disponible al 12/8/20 en <https://www.pensamientocivil.com.ar/legislacion/3953-anteproyecto-ley-defensa-consumidor>, cuyo art. 73 dispone: "Portales de venta o subasta on line. De conformidad con las reglas de conexidad, l exención de responsabilidad del operador electrónico solo será posible cuando: 1. No ha desempeñado un rol activo en la operación jurídica económica, limitándose a proporcionar únicamente un foro de transacciones, informado ello de forma clara, destacada y fácilmente comprensible.2. No ha generado una particular confianza en el consumidor".

(45) "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc y otro s/ Daños y perjuicios", 28/10/2014, Fallos: 337:1174; BUERES, Alberto, su exposición oral en la audiencia pública realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Belen Rodriguez c/Google y otros, disponible al 2/8/20 en <https://www.infobae>.

nado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación a los proveedores de servicios de internet o motores de búsqueda. En esencia, allí se dispuso eximir de responsabilidad a tales buscadores por las publicaciones exhibidas en sus plataformas; expresándose que ellos no tienen una obligación general de supervisar y vigilar los contenidos subidos a la red por los responsables de cada una de las páginas *web* (46).

Ahora bien, también en nuestro medio los enfoques en torno a una eventual regulación de la materia han sido variados.

En cuanto a los alcances geográficos de una eventual regulación de las plataformas colaborativas y considerando el carácter transnacional del fenómeno, se ha puesto de relieve que las soluciones unilaterales —antes o después— devienen contradictorias, ya que la normativa que se dicte y las decisiones judiciales que puedan tomarse en caso de conflicto podrían aplicarse en jurisdicciones no dispuestas a respetarlas. Pero, a su vez, se ha advertido sobre la existencia de una verdadera puja entre los países centrales, fundada en intereses políticos y económicos contrapuestos, que impide alcanzar el ideal de una normativa internacional consensuada (47),

com/2014/05/28/1568330-belen-rodriguez-contra-los-buscadores-la-corte-consulta-la-politica-google/ . Allí destacó que la actividad de los buscadores de internet, no es una actividad riesgosa. Ver asimismo “Gimbutas, Carolina V. c/Google inc. s/Daños y Perjuicios”, 12/09/2017, Fallos: 340:1236 y C.Z.M c/ Google Argentina SRL y otros s/daños y perjuicios” CSJN Fallos 341:1844.

(46) En sentido similar se ha legislado en la Directiva europea 2000/31, en la legislación de Chile, Brasil, ley 34 de 2002 de España, en EEUU, conf. art. 230 de la Communications Decency Act. En nuestro país, algunos tribunales inferiores siguieron la misma línea, y otros fallaron estableciendo la responsabilidad de los motores de búsqueda. Para un resumen de la jurisprudencia ver SILVESTRE, Norma; MARHABA, Débora; OLIVERA, Federico y PAGLIUCA, Fernando, "Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil en el contexto digital", en *RCyS*, 2019-VI, p. 16.

(47) Ver MILLER, Christian H., "¿Qué es Airbnb? Breve crítica al fallo europeo 'Airbnb Irlanda' y su particular aplicación de la Directiva 2000/31 relativa a los servicios de la sociedad de la información", *LA LEY* del 11/06/2020, Cita Online: AR/DOC/510/2020. El autor opina que los principales actores de la escena mundial se hallan divididos en dos bandos: de un

lo cual también impactaría en las dificultades de regulación en nuestra región.

En tal contexto y al igual que cualquier otra regulación doméstica de conductas que suceden en el ciberespacio, las decisiones administrativas o judiciales locales que se dicten ante cualquier conflicto que involucre una plataforma colaborativa que suponga puntos de conexión con el extranjero (domicilio del deudor, lugar de cumplimiento u otros), podrán tener problemas de ejecutabilidad (48)(49).

Con relación al encuadre que debe darse a este tipo de figuras, existe ya una tradicional controversia referida a si las administradoras de plataformas digitales de la economía colaborativa prestan servicios tradicionales (p. ej., de transporte, inmobiliarias, hotelería, etc.), o bien si solo son intermediarias de los servicios de la sociedad de información. Quienes defienden este nuevo modelo a rajatabla ven en la primera opción una verdadera amenaza, con potencial de provocar el desmoronamiento del instituto. Así se lo ha expresado —por ejemplo—, al comentar la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que consideró a Uber como una empresa de transporte —con la con-

lado, los Estados Unidos como cuna de las más valiosas compañías tecnológicas, junto a algunos países del viejo continente reconocidos por los importantes beneficios fiscales que otorgan a las compañías más globalizadas (como Irlanda o Luxemburgo y Dinamarca) y de otro. las potencias europeas tradicionales que observan con recelo su limitada participación en tal circuito comercial (como Francia, España y el Reino Unido). Y sólo estos últimos impulsarían la regulación del sector, apelando al endurecimiento fiscal y a la aplicación de multas severas para casos de incumplimiento.

CODAZZI, Santiago, Internet: plataformas y economías colaborativas. Ley aplicable, *elDial.com* - DC26D6, 14/02/2019.

(48) CODAZZI, Santiago, "Internet: plataformas y economías colaborativas". Ley aplicable, *elDial.com* - DC26D6, 14/02/2019.

(49) El “ping pong” internacional que se dio entre tribunales franceses y estadounidenses en el precedente conocido como “Licra v. Yahoo!” , con demandas y contrademandas en el país de producción de contenidos que significaban propaganda nazi —de un lado— y en aquél en el cual su exhibición se consideraba ofensiva —de otro—, resulta elocuente para la descripción de esta problemática. Ver su descripción en CODAZZI, Santiago Internet: plataformas y economías colaborativas. Ley aplicable, cit.

secuente obligación de sus conductores de trabajar con licencia, al igual que los taxistas—, exhibiéndose, además, preocupación por la posibilidad de que tal criterio se aplique a otras plataformas de economía colaborativa (50).

Ese tipo de tensiones, entre otros aspectos insoslayables para la futura regulación de la materia bajo estudio, se han visto reflejadas en propuestas de base interdisciplinaria, redactadas en el seno de instituciones tradicionales de nuestra región (51), que proponen la consideración de cuestiones como las siguientes: 1) comprender el buen uso y las limitaciones de la autorregulación de las plataformas digitales; 2) coordinar varios niveles administrativos (local, regional, nacional, supranacional); 3) garantizar una competencia justa y respetar los sistemas de permisos y licencias bajo los cuales muchos sectores económicos operan hoy en día; 4) proteger a los consumidores en ámbitos como los derechos de consumo y resolución de conflictos y los datos personales, promoviendo buenas prácticas; 5) aplicar y en su caso adaptar la legislación fiscal a la actividad económica que se genera a partir del uso de las plataformas digitales; y 6) evaluar la necesidad de generar nuevos marcos regulatorios a nivel laboral, que contemplen estos nuevos modelos de producción y empleo, materia considerada como el mayor reto.

IV.2.b. Argentina: algunas disposiciones especiales

IV.2.b.1. Alquiler turístico

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra vigente la ley 6255 de Alquiler Temporario Turístico (BOCBA N° 5768 del

(50) GRANERO, Horacio R., "¿La economía colaborativa en peligro? (acerca del fallo contra Uber del TJUE)", *elDial.com* - DC248C, 21/12/2017.

(51) Ver por ej. Informe del Banco Interamericano de Desarrollo, titulado: "Retos y posibilidades de la economía colaborativa en América Latina y el Caribe", por BUENADICHA SÁNCHEZ, César; CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert - DE LEÓN, Ignacio L., Junio 2017, disponible al 24-7-20 en <https://publications.iadb.org/es/retos-y-posibilidades-de-la-economia-colaborativa-en-america-latina-y-el-caribe> y asimismo MADARIAGA, Javier, CAÑIGUERAL BAGÓ, Albert - POPEO Clara, "Claves para entender la economía colaborativa y de plataformas en las ciudades", cit.

26/12/2019) (52), entendiéndose por tal el alojamiento en unidades con destino habitacional, en su totalidad o una parte de estas, por un período mínimo de pernoctación de un día y hasta tres meses.

Quedan alcanzados por la norma los propietarios que exploten y comercialicen inmuebles de manera habitual en la modalidad locativa definida, a quienes se denomina "anfitriones" y los inquilinos, llamados "huéspedes". Queda también comprendido todo sujeto que comercialice o publicite o intermedie en la oferta, actuando en forma directa o indirecta, a título gratuito u oneroso (arts. 1° a 3°). En cambio, la ley no se aplica a los inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, cuando se destine más de un 75% de sus unidades funcionales —con igual propietario, administración o marca— a la actividad en cuestión (art. 4°).

Se crea un Registro de Propiedades de alquileres temporarios turísticos, en el que deberá inscribirse obligatoriamente las unidades con destino habitacional (que pueden consistir en un inmueble o una parte de estos, conf. arts. 1° y 8°).

Entre las obligaciones del anfitrión, se destacan la presentación de una declaración jurada en la que conste el cumplimiento de las disposiciones de seguridad del inmueble, de acuerdo con la normativa vigente en CABA, y la contratación de un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros (art. 14).

En cuanto a las plataformas digitales de alquiler temporario turístico, se las define como aquellas que lleven a cabo la comercialización, la promoción, la oferta y/o la publicidad por medios informáticos, de las unidades situadas en CABA, no exigiéndose su inscripción. Entre sus obligaciones figuran la de habilitar un campo para que el anfitrión informe el número de inscripción en el Registro, de cada unidad y en toda publicación o publicidad que se dé a él; y la de proceder a la baja, el retiro o la suspensión de toda publicación que no cumpla con lo indica-

(52) Disponible al 6/8/20 en <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley6255.html>. Se prevé su entrada en vigencia a partir del 1/12/20 (art. 22), faltando aún su reglamentación.

do, con previsión de multas en caso de incumplimiento (arts. 16 y 18).

Se observa que la norma contiene disposiciones que otorgan cierta protección a la industria hotelera local (exclusión art. 4º.) y a los consumidores en términos de evitación y reparación de posibles daños (art. 14). A su vez, evidentemente intenta colocar a las administradoras de las plataformas en un rol de intermediarias no obligadas por incumplimientos u otros daños derivados del contrato subyacente. Por lo demás, la aplicación de sus disposiciones a casos concretos no se halla exenta de objeciones de orden consorcial, en cuanto el alquiler turístico sponga la imposición de condiciones no aceptadas por la convención-reglamento (p. ej., si se prevé como destino de las unidades la vivienda familiar o vivienda estable), proponiéndose que cualquier duda al respecto sea resuelta en beneficio general de la comunidad (53).

IV.2.b.2. Mensajería y recados (54)

De acuerdo con sus fundamentos, la ley de mensajería urbana y reparto a domicilio de sustancias alimenticias en motovehículos o ciclomotorizados tiene por finalidad actualizar ciertas definiciones tradicionales contenidas en el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires, introduciendo cuestiones vinculadas con las innovaciones en tecnología, nuevas medidas de seguridad vial y operación de las plataformas digitales de oferta y demanda del servicio de referencia.

Se destacan en su texto y como objetivos planteados por el legislador la creación de un registro público de operadores de las plataformas en cuestión (55); la fijación de requisitos de habi-

litación centrados en la transparencia, el acceso a la información y la privacidad de los datos; la previsión de un régimen sancionatorio y la prevención de conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias; además de la protección derechos del consumidor.

Resulta novedosa la inclusión de un deber de los operadores de plataformas de contar con un mecanismo digital de reporte de quejas simple, accesible y constantemente disponible para los usuarios, a través de un canal de acceso directo a un formulario *web* (56), a remitirse automáticamente a la autoridad de aplicación. Además, se los obliga a informar a los consumidores acerca de cómo actuar ante un inconveniente con el servicio y a diseñar un procedimiento eficaz para dar respuesta a tales reclamos.

En cuanto interesa especialmente al presente análisis, queda prohibido a los operadores de plataformas y a los prestadores del servicio establecer sistemas de incentivos, castigos o cualquier otra imposición de medidas que estimulen el incumplimiento de normas de tránsito. Y se establece que el repartidor o mensajero deberá utilizar los elementos de seguridad vial (casco, indumentaria con bandas reflectivas) y llevar en lugar visible una identificación con el número de habilitación asignado. Además, la ley les exige como requisito de habilitación la contratación de los siguientes seguros —con previsiones en materia de sumas aseguradas o límites indemnizatorios—: a) de accidentes de trabajo, que cubra a cada repartidor y/o mensajero; b) de vida obligatorio; c) de accidentes personales; y d) de responsabilidad civil hacia terceros.

(53) Conf. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L. - GREGORINI CLUSELLAS, Leonardo Rafael, "Alquileres temporarios o turísticos de unidades para vivienda familiar en la propiedad horizontal", cita online AR/DOC/660/2014 y asimismo SEVITZ, Diana Claudia, "Alquileres temporarios en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", elDial.com - DC285B, 12/09/2019.

(54) GCBA, Ley 6314 del 16/07/20, promulgada el 07/08/20, según Decr. 287/20.

(55) Por el art. 5 de la ley se modifica el apartado XI del art. 5.6.1 del Código de Tránsito y Transporte de CABA, disponiéndose en el título 13 referido al servicio

de tránsito y transporte (texto consolidado 6017), la obligación de todos los sujetos comprendidos en la ley, de obtener una habilitación, mediante la inscripción en el Registro creado por la ley llamado "Registro Único de Transporte de Mensajería Urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias (RUTRAMUR)", donde también se inscriben los motovehículos utilizados por los mensajeros y repartidores.

(56) Que deberá cumplir con los requisitos definidos en el artículo 6 de la Ley 757, sobre Procedimiento administrativo para la defensa de los derechos del consumidor y del usuario, BOCBA N° 1432 del 02/05/2002.

IV.2.b.3. Transporte de pasajeros con chofer

Con relación a este extendido modelo de la economía colaborativa, vale la pena analizar la ley 9086/2018, vigente en la provincia de Mendoza (57). La norma prevé explícitamente el transporte a través de plataformas electrónicas, encuadrándolo en los arts. 1280 y ss. del Cód. Civ. y Com. (arts. 6º y 52) y atribuyéndole el carácter de transporte oneroso y de actividad privada de interés público (art. 52).

La ley crea la figura denominada “empresas de redes de transporte” (ERT), referida a las personas jurídicas que promuevan, promocionen o incentiven el uso de tecnologías o aplicaciones propias o de terceros que permitan acceder a los usuarios al sistema de transporte por plataformas electrónicas mediante un dispositivo móvil que utilice sistema de posicionamiento global (art. 54). Las ERT son las responsables de la fijación del precio de los servicios, que los usuarios deben aceptar al contratar (art. 57) y deben cumplir con obligaciones impositivas propias y de control, liquidación y pago de gravámenes debidos por los permisionarios (titulares de los vehículos), además de garantía de la operatoria de acuerdo con la ley y de seguridad en la implementación (p. ej., máximos de horas de servicio, por cada conductor) (art. 60).

A su vez, se exige a los permisionarios que sean personas humanas, titulares dominiales y que obtengan un permiso de explotación precario y revocable —uno por persona—, pudiendo ellos actuar, además, como conductores o hacerlo en su lugar una persona autorizada y habilitada (art. 53). También, se les imponen obligaciones impositivas y previsionales; de seguridad del vehículo y de contratación de seguros contra todo riesgo, por daños ocasionados a terceros, conductor y pasajeros (art. 59).

Finalmente, se impone a los conductores requisitos de habilitación y de seguridad para sí y para los pasajeros (p. ej., límites horarios, cumplimiento normas de seguridad vial) (art. 61), además de requisitos de seguridad a los propios vehículos (art. 62).

(57) De fecha 03/08/18, disponible al 12/8/20 en <http://www.gobierno.mendoza.gov.ar/wp-content/uploads/sites/19/2018/10/Ley-de-Movilidad-N%C2%BA-9086.pdf>

Resulta de interés, en términos de resguardo del interés público y evitación de prácticas de competencia desleal respecto de industrias ya instaladas, la imposición de límites en la cantidad de vehículos y/o de zonas para la prestación de estos servicios por parte de la autoridad de aplicación, según criterios de densidad poblacional u otros que contemplen las diversas realidades regionales de la provincia (art. 55) (58). La obligación de registro de los vehículos, de los permisionarios, de las ERT y de las plataformas electrónicas utilizadas por estas (art. 56); además, de la expresa habilitación para que los taxistas, remiseros y sus vehículos puedan prestar —adicionalmente— el servicio regulado, siempre que cumplan con esta ley (art. 62), lucen dirigidas a iguales finalidades (59).

Finalmente, y con especial interés para el derecho de daños, la norma dispone que los permisionarios, conductores y las ERT, serán responsables solidarios por los daños que se ocasionen durante la prestación de dicho servicio a los usuarios o terceros (art. 67).

Por su parte, el proyecto de ley sobre “Servicio privado de transporte de pasajeros con chofer mediante plataformas de vinculación geolocalizada” (60), considerado por la legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 2018, pretendió regular tal actividad, pero hasta la fecha no se ha logrado su sanción, mediando una

(58) En este sentido, por ejemplo, el Decreto reglamentario de la norma, No. 1.512/2018 (BO del 17/9/18), SAJ: M20180001512, como regla veda la prestación de estos servicios en los Departamentos de San Rafael, General Alvear y Malargüe.

(59) A pesar de ello, también hubo planteos judiciales de los representantes de la actividad de taxis, ver por ej. Tribunal de Gestión Asociada, Cuarto Poder Tribunal de Mendoza, CUIJ: 13-04464442-2, (012054-401545), Asociación de Propietarios de Taxi de Mendoza (A.PRO.TA.M.) C/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/Amparo, 14/05/19, reclamo que fue rechazado por dicho Tribunal, disponible al 17/8/20 en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/084/516/000084516.pdf>

(60) Basado en el Exp. 886-D-2016 del Diputado Hernán Rossi (mc), que proponía incluir un Capítulo que regulara el Servicio Privado de Transporte de Pasajeros con Conductor en el Código de Tránsito y Transporte, ley 2148 (BO del 2165). La iniciativa ya no tendría trámite parlamentario.

disputa encendida con la industria instalada del servicio de taxis (61).

En dicho texto, el interés público y el cuidado por la industria local del transporte privado de pasajeros no parecen tan presentes (62), calificándose el contrato entre las administradoras de aplicaciones y choferes como un contrato de corretaje (art. 1345, Cód. Civ. y Com.).

IV.2.b.4. Plataformas de préstamo

En marzo de 2017, en nuestro país se sancionó la ley 27.349 (63) de Apoyo al Capital Emprendedor, con el objeto de apoyar la actividad emprendedora a nivel nacional, con expansión internacional y la generación de capital emprendedor en la República Argentina (art. 1º).

En lo que interesa a este trabajo, destacamos que en el título denominado "Sistema de financiamiento colectivo", se define a las plataformas de esta especie como sociedades anónimas cuyo objeto es poner en contacto de manera

(61) Solo como botón de muestra, cabe mencionar algunos pronunciamientos judiciales que dan cuenta de esta situación. P. ej., en CNCrim. y Correc., sala VII, 27/08/2018, "S., M. F. s/ procesamiento", eDial.com - AAAC4C, se procesó a una persona por los delitos de lesiones, coacción y daños a quien conducía un vehículo prestando un servicio de transportes de pasajeros (uber/cabify). En el fuero contencioso administrativo CABA tramitan variadas causas que involucran a Uber, entre ellas: TSJ J-01-00242114-9/2019-0 "Uber y otros s/ 83 usar indebidamente el espacio público c. fines lucrativos (no autorizadas) (art. 86 según TC Ley 5666 y modif.) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"; exp. J-01-00046907-2/2019-0 "Federación Nacional de Peones de Taxis de la República Argentina y otros c. Uber Argentina SRL y otros s/ amparo - otros"; IPP J-01-00029529-5/2019-0 "NN, Juan Sergio el conductor de la aplicación Uber sobre 52 - hostigar, maltratar, intimidar (art. 52 según ley 1472)"; inc. J-01-00048020-3/2016-10 "Incidente de requerimiento a juicio en autos Uber, Uber y otros sobre 1º ley 26.735 - art. 1º - evasión simple. Ley 26.735 (modificación ley 24.769)", conf. información disponible al 05/08/2020 en <https://eje.juscaba.gob.ar/iol-ui/u/expedientes?identificador=uber&open=false&tituloBusqueda=Causas&tipoBusqueda=CAU>.

(62) Sí aparece una disposición en el sentido que las licencias para el servicio regulado no podrían exceder la cantidad de licencias otorgadas para el servicio de transporte público de pasajeros en automóviles de alquiler con taxímetro.

(63) BO del 12/04/2017.

profesional y exclusivamente mediante portales *web* a una pluralidad de personas humanas o jurídicas que actúan como inversores, con personas humanas y/o jurídicas que solicitan financiación en calidad de financiamiento colectivo. Estas sociedades deberán ser autorizadas a funcionar por la Comisión Nacional de Valores (art. 23).

Quedan sujetas a las disposiciones de la ley del consumidor en lo referente al suministro de información acerca de los proyectos de financiación, sus riesgos y beneficios potenciales (art. 32). Tienen prohibido asegurar a los inversores el retorno de su inversión en un proyecto en el que participen (art. 31). A su vez, se establece que la autoridad de aplicación establecerá un límite máximo de aporte por inversor, no pudiendo estos invertir más del 20% de sus ingresos brutos anuales (art. 27).

V. Los actores de la economía colaborativa

Según anticipáramos, la economía colaborativa se sustenta en una relación tripartita entre la plataforma digital, el proveedor del servicio y el destinatario de este (64).

Tales sujetos pueden revestir diversas características y su intervención puede ser en calidades diferentes. Es así que la plataforma puede resultar una mera intermediaria o participar más o menos activamente en la comercialización del producto o servicio; el prestador del servicio puede ser un no profesional (par) o un profesional y el destinatario puede ser considerado un ciudadano no calificado (par), un consumidor o un profesional. En función de la combinación de las calificaciones aplicables a los diferentes actores, pueden presentarse distintas modalidades de contratación, lo que tiene relevancia en el estatuto jurídico aplicable (65).

V.1. La relación base o *subyacente*: contrato entre proveedor y usuario

Los vínculos entre proveedores y usuarios de la economía de acceso podrán quedar en-

(64) GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, "De la economía colaborativa a la economía de plataformas", en ORTI VALLEJO - GEMMA RUBIO (dirs.), ob. cit., p. 157.

(65) *Ibidem*.

cuadrados en contratos de alquiler, comodato, permuta, transporte, hospedaje u otros servicios (66). En la mayoría de los casos, nos encontramos ante típicos contratos onerosos entre proveedor y destinatario. También hay supuestos en los que proveedor y usuario realizan un contrato gratuito; como en el caso de *couchsurfing*, que fomenta una forma de viajar diferente y económica, en la que puede brindarse alojamiento temporal y sin costo, en una habitación de la vivienda del proveedor (67).

Pero dada la naturaleza de la figura bajo estudio, interesa definir la calidad bajo la cual actúa el proveedor, porque el estatuto aplicable podría diferir según si este es un particular, un profesional o un profesional *de hecho*. En la referida "Agenda Europea para la economía colaborativa", se estableció una serie de criterios orientativos para definir si una persona actúa en el mercado como par o como profesional o comerciante. En este sentido:

- *Criterio de la frecuencia en la prestación*: es importante determinar si el servicio se presta de manera ocasional o regularmente, es decir, con habitualidad. En general, se interpreta que, en la Unión Europea, la habitualidad no constituye un criterio exclusivo para determinar la naturaleza profesional del oferente.

(66) ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., p. 87, explica que la existencia de una contraprestación o remuneración por la cesión del bien o servicio prestado puede plantear problemas de legalidad en determinados servicios entre particulares, salvo que se trate de compartir los gastos que generan el uso común de una cosa (p. ej., plataformas del tipo BlaBlaCar). Ello, porque en varios países de la Unión, el contrato de transporte entre particulares está vedado, es ilegal y solo se permite el uso compartido cuando el pago exigido por el conductor no supera el coste operativo del trayecto, ya que en otro caso estaría sujeto a licencia. En p. 90 destaca que, respecto de la problemática del alquiler de alojamientos turísticos, en España y otros países de la Unión se han promulgado normativas a nivel estatal y local con la finalidad de someterlas a similares exigencias de la industria hotelera. Según el autor, para considerar la profesionalidad de estos proveedores no es decisiva la sujeción a normas administrativas, sino que habrá que analizar otros elementos como las prestaciones que realice una parte hacia la otra, si es una mera cesión de vivienda o habitación, o, además, se proporcionan otros servicios (limpieza, custodia).

(67) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 33.

Ello se advierte claramente en el precedente "Kamenova" (68)(69), resuelto por el TJUE, en el que se expresó que no bastaban para calificar a una persona como comerciante el ánimo de lucro y la publicación simultánea en una plataforma en línea de una serie de anuncios que contenían ofertas de bienes nuevos y usados. El tribunal consideró relevante para la consideración de la actuación como comerciante de la vendedora analizar si la oferente había actuado con un propósito relacionado con su actividad profesional; para finalmente resolver que ni la obtención de lucro ni la habitualidad bastaban por sí solas como criterio de la aplicación de las normas de protección de los consumidores,

Tratándose del alquiler de una propiedad, existen diferentes criterios para decidir la presencia de carácter profesional. Uno de ellos es determinar si se trata de una residencia principal o secundaria del oferente, partiendo del supuesto de que la residencia principal de un ciudadano solo puede alquilarse de manera ocasional. Otro se refiere a la habitualidad, medida en periodos de tiempo por los que se concede el uso a terceros (70).

(68) Trib. Just. UE, asunto C-105/17, "Komisia za zashtita na potrebitelite vs. Evelina Kamenova", 04/10/2018.

(69) Explicado por GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, ob. cit., ps. 176/82. El tribunal debía pronunciarse acerca de si la vendedora, Sra. Kamenova, podía ser calificada como comerciante. Esta había publicado en un sitio de internet un total de ocho anuncios para la venta de productos diversos, entre ellos un reloj pulsera. El comprador del reloj presentó un reclamo ante la Comisión para la protección de la competencia en Bulgaria por considerar que tal objeto no respondía a las características indicadas en el anuncio publicado en el sitio web. La comisión consideró que la vendedora había cometido una falta administrativa y le impuso varias sanciones por incumplimiento de obligaciones a cargo del proveedor profesional.

(70) AZNAR TRAVAL, Alberto, ob. cit., en p. 31, da ejemplos para diferenciar y separar la prestación de un servicio de forma profesional o de forma colaborativa. Con relación al alquiler de alojamiento turístico, en ciudades como Londres o París, permiten a sus vecinos alquilar su vivienda por un período anual máximo de 90 días y 4 meses respectivamente, umbral a partir del cual se considera que se trata de una actividad profesional. En la Ciudad de Buenos Aires, la ley 6255 del año 2019 regula la actividad de alquiler temporario turístico. En ella se considera sujeto a las prescripciones de la ley un alquiler temporario mayor a 3 meses. Para un conocimiento

- *Criterio del fin lucrativo*: no son considerados comerciantes los prestadores cuya actividad tiene por fin el intercambio de activos (permuta de cosas) o que comparten los costos de una transacción, por ejemplo, el transporte en un vehículo participando en los gastos (71) (al estilo de la plataforma BlaBlaCar). Sin embargo, si la retribución obtenida es muy superior a los costos del servicio, puede afirmarse que hay ánimo de lucro (72).

- *Criterio del nivel de volumen del negocio*: a mayor volumen de operaciones, mayor es el indicio de que el proveedor es un comerciante. Se tiene en cuenta también la homogeneidad o heterogeneidad en la actividad desarrollada (73).

En nuestro medio, cualquier persona que adquiere o utiliza en forma gratuita u onerosa bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, recibe la calificación de consumidor (art. 1º, LDC), y consecuentemente, le asisten las protecciones reconocidas en tal estatuto y en la normativa fundamental (art. 42, LDC).

A su vez, toda persona que desarrolla actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios, es calificada como proveedor por la legislación de consumo. La normativa especial lo define como aquel profesional que “habitual u ocasionalmente” ofrece bienes o servicios,

excluyendo del concepto al profesional liberal universitario matriculado (art. 2º, LDC). Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación lo describe como “una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente” (art. 1093), es decir, con notable amplitud (74), minimizando así la importancia del elemento “habitualidad”.

La cuestión de la “profesionalidad” presenta fronteras no muy precisas. La doctrina la asoció a la habitualidad, la necesidad de habilitación para el ejercicio, la presunción de onerosidad y cierto saber científico, técnico o práctico como elementos característicos (75). Pero en relación con el caso específico de la relación de consumo, se ha propuesto que lo verdaderamente relevante es la integración del acto profesional en una lógica de mercado, del actor inmerso dentro de una realidad de un proceso productivo o comercial. El “acto de mercado” contaría con condimentos como una vocación de oferta a persona indeterminada o perspectiva de clientela; la utilización de lo ofrecido como bien de cambio y la dimensión empresarial de la actividad (76).

La aplicación de las citadas disposiciones e interpretaciones bien puede merecer reflexiones adicionales en el contexto de la economía colaborativa, donde en algunos de los casos más paradigmáticos sigue discutiéndose si el proveedor profesional del servicio es un dependiente laboral —p. ej.,

más extenso sobre esta ley, ver RESQUI PIZARRO, Jorge, "Nueva regulación de los alquileres temporarios con fines turísticos en CABA", elDial.com - DC294E, 09/12/2019.

(71) Ejemplos que surgen de la “Agenda para una economía colaborativa” citada.

(72) PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., p. 232.

(73) GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, ob. cit., p. 176, destaca que en algunos ámbitos el legislador se ha anticipado al problema y aplica controles propios de las normas de consumo a quienes prestan no profesionalmente servicios de alojamiento. P. ej., en Cataluña, dec. 159/2012 de Establecimientos de alojamientos y viviendas de uso turístico, que considera de uso turístico y por tanto sujetos a reglamentación, los alquileres a terceros a cambio de una contraprestación económica para una estancia de temporada igual o mayor a 31 días, 2 o más veces dentro de un año.

(74) PIZARRO, R. Daniel - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de la responsabilidad civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, t. II, p. 473.

(75) ALTERINI, Atilio - AMEAL, Oscar - LÓPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, 4ª ed. actualizada, ps. 883-884. Como allí se señala, la caracterización descripta se fue delineando en sucesivos Congresos y Jornadas, como el II Encuentro de Abogados Civilistas (Santa Fe, 1988), I Jornadas Rosarinas sobre Temas de Derecho Civil (Rosario, 1988), I Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho (Lomas de Zamora, 1989) y IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989).

(76) SANTARELLI, Fulvio, ob. cit., ps. 168-172; id., en PICASSO — VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), "Ley de Defensa del Consumidor comentada y anotada", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 45.

repartidor en servicios de mensajería (77)—mereciendo él mismo un amparo especial, en virtud de normas del máximo rango (art. 14 bis, CN). Y sobre este tema, se ha sostenido que el proveedor puede ser tanto un particular (persona física o jurídica), como un ente público (en sentido genérico) que habitualmente desarrolle las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes y/o de prestación de servicios citadas, pero quedando excluido de esta noción quienes lo presten en relación de dependencia (78).

Además, no aparece la típica relación asimétrica propia de las relaciones de consumo (79), por no ser el proveedor quien diseña y establece las condiciones de la relación.

V.2. *Contratos de la plataforma con el proveedor y con el usuario*

V.2.a. En tanto contratos electrónicos

Aquí debemos referirnos a los contratos que realiza la plataforma con el proveedor y el usuario, que son contratos típicamente electrónicos, en cuanto se celebran sin la presencia física de las partes contratantes, es decir, a distancia.

En tanto contratos electrónicos, estarán regidos por las normas del Código Civil y Co-

(77) Lo cual contrasta con lo que surge, p. ej., de los términos y condiciones de Uber, donde se lee que el conductor es un proveedor independiente del servicio de transporte, conf. <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=general-terms-of-use&country=argentina&lang=es>, disponible al 28/08/2020.

(78) ARALDI, Liliana - TAMBUSI, Carlos E., "La protección del consumidor. Legislación nacional. Ámbito de aplicación de los actos mixtos. Responsabilidades. Normas y leyes complementarias", *eDial.com* - DC1B32, 28/08/2013.

(79) En este sentido, ver, p. ej., LOWENROSEN, Flavio I., "La evolución del derecho del consumidor propende a generar equidad social", *eDial.com* - DC2816, 13/08/2019 y BASSANO, Osvaldo, "El derecho del consumidor en el Código Civil y Comercial", *eDial.com* - DC2998, 06/03/2020.

mercial y por la LDC, en cuanto corresponda. En este sentido, resultan especialmente relevantes los arts. 1092, 1093, 1094 y 1095 (sobre contrato de consumo e interpretación favorable al consumidor), 1105 (contrato a distancia), 1106 (contenido en un soporte electrónico), 1107 (información sobre el contenido mínimo del contrato, facultad de revocar, datos necesarios para la utilización correcta del medio elegido y para comprender los riesgos derivados de su empleo y quién asume esos riesgos), 1108 (vigencia de la oferta durante todo el tiempo que permanezca accesible al destinatario) y 1122 (sobre control judicial de las cláusulas abusivas), todos ellos del Cód. Civ. y Com.

En cuanto corresponda, pueden resultar de aplicación los arts. 10 ter, 10 *quater*, 27 y 33, LDC, imponiéndose las obligaciones previstas en la res. 21 del grupo Mercosur 08/10/2004, relativas al derecho de información al consumidor en las transacciones comerciales efectuadas por internet.

A su vez, por tratarse de un contrato electrónico, la plataforma queda obligada objetivamente a poner los medios necesarios para que los usuarios tengan, como mínimo, acceso a los servicios ofrecidos por el sistema, debiendo responder por los daños y perjuicios causados al usuario, derivados de una denegación injustificada o incumplimiento en la obligación de acceso a los servicios; de acceso a la aplicación o de cualquier otro servicio de mediación electrónica ofrecido (80).

En relación con el proveedor, la plataforma de vinculación debe cumplir con el contrato de difusión publicitaria, es decir, poner a dis-

(80) DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, "Reflexiones en torno a la responsabilidad de las plataformas electrónicas de economía colaborativa", *Revista de Estudios Europeos*, 70, julio-diciembre, 2017, p. 36, disponible al 07/08/2020 en <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-70-julio-diciembre-2017/114-ree-n-70-julio-diciembre-2017>. Para la autora se trata de una responsabilidad subjetiva.

posición del anunciante el espacio y tiempo convenidos **(81)**.

En Europa se exige a las plataformas un deber de información que se plasma en el Reglamento de la Unión Europea 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 02/10/2018 **(82)(83)**, que promueve una serie de informaciones para la participación activa de ciudadanos y empresas en el comercio electrónico y la economía colaborativa. Allí se establece que la información debe ser exhaustiva, necesaria para que los usuarios comprendan cuáles son sus derechos y obligaciones e identifiquen las normas que les son aplicables en relación con las actividades que quieren ejercer **(84)**. Y en este sentido, aquellas deben informar también en sus condiciones generales los requisitos que las autoridades administrativas exigen para operar, como, por ejemplo, la necesidad de autorización administrativa o inscripción en determinados registros. La omisión de esta información permite sustentar los planteamientos por los daños que experimenten los proveedores, incluyendo el pedido de sanciones administrativas **(85)**.

(81) ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., p. 100.

(82) Conf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32018R1724>, disponible al 28/07/2020.

(83) GEMMA RUBIO, Gimeno, "Responsabilidad de las plataformas de economía colaborativa y responsabilidad del proveedor del servicio", en ORTI VALLEJO - GEMMA RUBIO (dirs.), ob. cit., p. 120. El reglamento es relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas.

(84) *Ibidem*, p. 120, nota 13.

(85) *Ibidem*, p. 121; PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., p. 252, dice que cuando al titular del inmueble se le impongan ciertas obligaciones, el incumplimiento alcanza también a la plataforma. Así el decreto del gobierno vasco 101/2018 del 3 de junio obliga a los canales de ofertas de viviendas turísticas a verificar que la vivienda dispone del correspondiente número de registro y a insertarlo en la publicidad que se haga de ellos, y si la vivienda no dispone de ese número, la plataforma debe dejar de publicar la vivienda; GEMMA RUBIO, ob. cit., p. 115. afirma que la plataforma es responsable por no avisar al proveedor de las sanciones administrativas; en Ciudad de Buenos Aires, la ley 6255 impone a la plataforma una multa si permite

V.2.b. En tanto contrato que permite que las partes concreten el negocio subyacente

V.2.b.1. Objeto del contrato **(86)** y rol de la plataforma

Por lo general, el contrato que celebra la plataforma con el proveedor y el usuario tiene por objetivo facilitar que estos celebren —según el caso— un contrato de alquiler, de uso y goce de cosas u otro, es decir, que concreten el servicio principal o subyacente **(87)**.

En la Unión Europea, se utiliza la palabra "intermediaria", para designar la función de una plataforma. Se destaca que su actividad se identifica con un servicio de la sociedad de información **(88)**, es decir, con un servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual. En ese contexto, la plataforma ofrece un servicio de alojamiento de datos (art. 14, directiva 2000/31), hallándose exenta de responsabilidad por los contenidos ilícitos que puedan alojar sus clientes, salvo que, conociendo la ilicitud, omita actuar con prontitud para eliminarlos o para evitar su acceso, sin obligación de supervisar los contenidos alojados por sus clientes (art. 15, directiva 2000/31).

Se afirma que la plataforma se limita a poner en contacto a las partes, brindándoles sus respectivos datos, para que concierten el negocio. El contrato lo harían los interesados directos por sí mismos, sin intervención alguna de la plataforma, excepto el servicio de mediación. Por ello, la intermediaria tampoco respondería por

la publicación de propiedades no inscriptas en el registro que crea la ley.

(86) BUERES, Alberto J., en "Objeto del negocio jurídico", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1986, ps. 50 y 55, bien ha destacado que "El objeto del acto jurídico es su materia, su realidad misma o su realidad social; son los hechos (positivos o negativos) y los bienes (cosas y derechos)".

(87) ORTI VALLEJO, ANTONIO, ob. cit., p. 92.

(88) Art. 2º de la directiva de servicios de la sociedad de información y comercio electrónico 2000/31, que remite al art. 1º punto 2 de la directiva 98/34, disponible al 12/08/2020 en <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/eu/eu107es.pdf>.

las vicisitudes que atraviese la relación principal o subyacente (incumplimiento total, retardo, cumplimiento defectuoso, etc.) (89).

La calidad de intermediaria no cambia cuando presta servicios auxiliares como seguros, gestión de pagos, incidencias, servicios de postventa (90).

(89) Conforme con las características de intermediaria de la plataforma y la exención de responsabilidad, PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., ps. 232-233; GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores, ob. cit., ps. 157-84; ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., ps. 92-93, con las salvedades que se hacen en el texto; AZNAR TRAVAL, Alberto, ob. cit., p. 44; DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, ob. cit., p. 34, y JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 80; entre otros autores. Cabe destacar que, en algunos trabajos de la doctrina y la jurisprudencia argentinas, para referirse al comercio electrónico, es decir, a las compras por internet, se ha interpretado la expresión "intermediario" con sentido diverso al que está definido en la directiva 2000/31. Se ha aludido al intermediario como uno de los legitimados pasivos de la cadena de comercialización del art. 40, ley 24.240, lo que ha llevado a expresar que, en tanto legitimado pasivo de la ley del consumidor, la plataforma es responsable del incumplimiento de la obligación principal. Así se expresa en CNCiv., sala K, 05/10/2012, "Claps, Enrique M. y otra c. Mercado Libre", RCyS 2013-VI-62, en el que se consideró que, en los contratos que se generan en el portal de Mercado Libre, este actúa como intermediario en la cadena comercial y como tal resulta solidariamente responsable con los otros sujetos que integran la red. Para ampliar y recorrer las distintas posiciones en torno a la responsabilidad asumida por las plataformas comerciales de compraventa de bienes, ver SILVESTRE, Norma - MARHABA, Débora - OLIVERA, Federico - PAGLIUCA, Fernando, ob. cit.

(90) Conformes con la falta de responsabilidad por los servicios auxiliares como los nombrados en el texto: PERTINEZ VILCHEZ, Francisco, "La responsabilidad del operador de la plataforma como prestador del servicio subyacente", en ORTI VALLEJO - GEMMA RUBIO (dirs.), ob. cit., p. 141; DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, ob. cit., p. 56; VILALTA NICUESA, Aura E., ob. cit., p. 276. En la Argentina referido al e-commerce, ver CNCom., sala D, 22/03/2018, "Kosten, Esteban c. Mercado Libre s/ ord.", voto Dr. Heredia, disponible al 08/08/2020 en <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/077/865/000077865.pdf>. Se dijo también que los servicios de alojamiento de datos pueden ofrecer actividades auxiliares o conexas, tales como medios de evaluación o calificación, modalidades de pago, seguros, verificación de identidad, etc. Y algo

En este sentido, hace poco tiempo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en el caso conocido como "Airbnb Ireland" (91), donde se trató la cuestión de la libre circulación en el viejo continente de los llamados servicios de la sociedad de la información y si correspondía su inclusión en tal categoría a la empresa de referencia. Al fallar afirmativamente sobre esos dos aspectos, el tribunal sostuvo que en la medida en que el arrendador y el arrendatario son puestos en contacto a través de una plataforma de vinculación, la actividad en cuestión constituye un servicio prestado a distancia y por vía electrónica en el sentido de la directiva 2000/31 CE. Consideró, asimismo, que los servicios adicionales que ofrece Airbnb, tales como seguro de responsabilidad civil o una herramienta de estimación del precio, no desvirtúan su conceptualización como servicio de la sociedad de información.

Por su parte, algunos autores (92) sostienen que no puede considerarse que las plataformas cumplen un rol pasivo, quedando consecuentemente exentas de responsabilidad, ya que, la mayoría de ellas ejerce algún control sobre la transacción entre el proveedor y el usuario y casi todas tienen un interés financiero en las transacciones.

En esta línea, sin duda se inscribieron en las decisiones del TJUE en los autos "Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain

muy importante que surge del fallo es que la realización de actividades conexas no lleva necesariamente a la responsabilidad de estas plataformas y la cuestión de si se benefician o no con esa exención de responsabilidad debe evaluarse caso por caso.

(91) Gran Sala, asunto C-390/18c, 19/12/2019, LA LEY del 11/06/2020, EU/JUR/4/2019 y, asimismo, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=21791&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=f1rst&part=1&cid=11532915>, disponible al 29/07/2020.

(92) QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, "Función y responsabilidad de las plataformas en línea: una aproximación", Revista de Estudios Europeos, 70, julio/dic. 2017, disponible al 08/08/2020 en <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-70-julio-diciembre-2017>; BUSTO LAGO, J. M. - DE MIGUEL ASENSIO, A. - GRIMALDOS GARCÍA, M. I.; cits. por ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., p. 98,

SL” (93) y “Uber France SAS” (94), donde se concluyó que “el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores [...] ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores [...] mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos [...] este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de ‘servicio de la sociedad de la información’ [...] de la Directiva 2000/31, sino a la de ‘servicio en el ámbito de los transportes’ [...] de la Directiva 2006/123” (95).

Se observa que, para decidir como lo hizo, el TJUE debió excluir un ejemplo paradigmático de la economía colaborativa de la categoría jurídica que normalmente la representa (servicio de la sociedad de la información). Toda una señal de que estamos ante un fenómeno pleno de zonas grises o bien ante un género que incluye especies muy diversas entre sí.

(93) TJUE, Gran Sala, 20/12/2017, asunto C-434/15, "Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain SL", resumen disponible al 08/08/2020 en <https://derechocivil.blog/2017/12/22/asunto-asociacion-profesional-elite-taxi-vs-uber-systems-spain/>.

(94) TJUE, Gran Sala, 10/04/2018, asunto C-320/16, "Uber France SAS", disponible al 08/08/2020 en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=200882&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=719755>.

(95) Ver MILLER, Christian H., ob. cit.

V.2.b.2. Acerca del tipo de contrato involucrado

En cuanto al tipo de contrato que liga a la plataforma con los usuarios, se ha afirmado que se trata de un contrato de corretaje o mediación (96).

En nuestro país, el art. 1345 del Cód. Civ. y Com. regula la figura del corredor, sobre cuya base podría interpretarse que la plataforma actúa como intermediaria entre la oferta y la demanda. De hecho, el corredor no contrata, sino que es un simple intermediario que facilita el acercamiento entre las partes, no hallándose vinculado a ellas por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación. Debe hacer todo lo necesario para que llegue a buen término la gestión encomendada, pudiendo actuar como mandatario recién en la etapa de ejecución del contrato, cuando su labor profesional como corredor está concluida —art. 1349, inc. b), Cód. Civ. y Com.— (97). Dado que no se obliga a garantizar que las partes contraten, su obligación es de medios, no de resultado, comprometiendo solo su pericia y diligencia en la gestión. Y escapa al ámbito negocial del corredor, prometer al proponente la celebración del contrato (98).

Pero en ciertos supuestos y en especial cuando la administradora de la plataforma fija las condiciones contractuales, determina y cobra el precio y, en general, organiza el servicio como un empresario tradicional, solo que valiéndose de nuevas tecnologías que le permiten una más eficiente y rentable provisión de servicios, resultará al menos dudoso encuadrar los contratos conexos que aquella celebre con el proveedor y

(96) Conf. DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, ob. cit., ps. 85 y 106, GRIMALDOS GARCÍA - MONTERO, Pascual - RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, cits. por ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., ps. 85 y 106. Este autor dice que el contrato que liga a la plataforma con el proveedor y el usuario se incardina en el contrato de mandato. En nuestro medio, el citado proyecto de ley sobre servicio privado de transporte de pasajeros con chofer mediante plataformas de vinculación geolocalizada, CABA, 2018, ob. cit., apeló a esa denominación.

(97) BARBIERI, Rodolfo, "El contrato de corretaje", disponible al 07/08/2020 en rodolfobarbieri.com.ar/sobre.el.derecho/derecho.comercial/corretaje/el.contrato.de.corretaje.

(98) PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., ps. 232-233.

con el usuario en la figura del corretaje. En todo caso se deberá atender a la noción de operación económica, que permitirá visualizar con mayor elasticidad el fenómeno real que se encuentra detrás del velo formal de los instrumentos jurídicos empleados para su realización (99).

VI. Responsabilidad civil en el entorno de la economía colaborativa

VI.1. Casos de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso

Es típico de las plataformas colaborativas el servicio de alojamiento de datos, siendo que los clientes suministran información personal con base en la cual se conforma el "perfil del usuario". Los datos están destinados a que proveedores y usuarios conozcan las circunstancias que interesan para decidir contratar entre sí (100).

También ofrecen un sistema de reputación que sirve para generar confianza, teniendo en cuenta que se contrata entre desconocidos. Tal sistema está destinado a que los participantes alojen información de las operaciones, valorando las relaciones contractuales que han realizado.

En lo que respecta al servicio de alojamiento de datos, se ha interpretado que la plataforma puede beneficiarse del régimen de exención de responsabilidad y de la exención del deber de supervisión, si desempeña un papel pasivo en la relación subyacente, es decir, si no controla la transacción en función de los datos que proveedor y usuario dieron a su respecto, sino que estos perfeccionan el contrato por sí mismos.

En cambio, hay casos en los cuales el proveedor y el usuario no pueden realizar la transacción sin intervención del intermediario, ya que la plataforma no les proporciona los datos respectivos hasta que la negociación está muy avanzada o el contrato está ya perfeccionado; retrasando el suministro de números de teléfono y de correos electrónicos de proveedor y

usuario al momento posterior a la formalización de la transacción (101). En estos casos, la plataforma ejerce un rol activo y no podría prevalecerse de la exención de responsabilidad y del deber de supervisión. Respondería, entonces, por los daños causados a un proveedor o a un usuario por la ilegalidad o inexactitud de los datos de la oferta del proveedor y de los datos insertos en los perfiles (102).

En lo que respecta al sistema de reputación (103), se ha afirmado que la plataforma será responsable si se le realiza una notificación denunciando una información engañosa o una valoración negativa del proveedor —sea en forma directa o mediante publicación en el sistema de reputación— y no toma medidas de comprobación y de advertencia adecuadas para prevenir a futuros usuarios (104). En estos casos, la plataforma tiene obligación de supervisión, que le exige la vigilancia del sistema de reputación, de las valoraciones, de la información de conductas reprochables de proveedores y usuarios, etc. Es una responsabilidad por culpa y aquella deberá probar que empleó toda la diligencia exigible a los profesionales (105).

(101) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 78.

(102) ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., ps. 103-107.

(103) Conf. JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., ps. 124-127, es un mecanismo de valoración y evaluación implementado por muchas plataformas como un sistema de protección de los consumidores y usuarios colaborativos. Ello porque los usuarios no conocen generalmente a los prestadores vinculados con la plataforma. El sistema de reputación promueve la confianza en el servicio y entre los usuarios del mismo, ya que estos cuidarán de sus acciones e interacciones para poder construir y proteger su buena imagen. Para un estudio más detallado de los sistemas de reputación, ver BARCELO COMPTE, Rosa, "Los sistemas de retorno reputacional como mecanismo de confianza en la economía colaborativa", en ORTI VALLEJO - GEMMA RUBIO (dirs.), ob. cit., p. 187.

(104) VILALTA NICUESA, Aura E., ob. cit., p. 295, citando el borrador de propuesta legislativa desarrollado por el grupo de investigación de los profesores Busch y otros, adoptado por el European Law Institute, con el objeto de proponer la confección de unas Reglas Modelo sobre aspectos contractuales de las plataformas intermediarias en línea; KATZ, ob. cit., cit. por ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., nota 59, ps. 101-102-3.

(105) ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., p. 107.

(99) DE LORENZO, Miguel F. - TOBIÁS, José W., "Apuntes sobre los contratos conexos", DJ 1999-3-153, RCyS 2020-I, 203, AR/DOC/15791/2001.

(100) ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., ps. 93-94, 101.

A su vez, determinar si puede imputarse a las plataformas el incumplimiento de la prestación de los servicios subyacentes constituye una de las cuestiones más complejas a la hora de efectuar una aproximación al fenómeno (106). Tal posibilidad luce clara en los casos en los que hay un fuerte control de la plataforma sobre la relación entre proveedor y destinatario final, estableciendo esta los elementos esenciales de la relación obligatoria, como el precio, la calidad de la prestación, los términos y condiciones. En estos casos, el proveedor debe supeditarse a las exigencias de la plataforma y el control sobre el contrato subyacente es máximo. Se interpreta que el servicio involucrado no puede calificarse como *servicio de la sociedad de la información*.

Como ejemplo claro de ello, valen las sentencias dictadas por el TJUE en los ya citados autos "Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain SL" y "Uber France SAS", donde se consideró que la actividad de tal empresa no suponía un mero servicio de intermediación *online*, susceptible de ser calificado como servicio de la sociedad de información, por cuanto Uber crea una auténtica oferta de servicios de transporte, que organiza y controla (107). Por ello, en

(106) JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 84; KATZ, V., ob. cit., cit. por ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., p. 85; GEMMA RUBIO, Gimeno, ob. cit., p. 130, nota 37 y 131, cit., refiere un caso que podría tomarse según la autora para atribuir a la plataforma responsabilidad por incumplimiento de la prestación subyacente. Resuelto por el Trib. Sup. Just. de Cataluña del 30/04/2018, se trató del enfrentamiento entre el Departamento de Empresa y Ocupación de la Generalitat de Cataluña y la empresa de ofertas turísticas Guía de Apartamentos Niumba SLU, cuyos servicios no solo incluían el alojamiento de la oferta en su web, sino también la gestión de las reservas recibidas de los arrendatarios, el cobro del importe del alquiler y del depósito de seguridad mediante una plataforma de pago; la retención de depósito por la plataforma durante un plazo de 48 h y la respuesta a las consultas de los clientes. Por los servicios, dicha empresa percibía una cuota fija anual y un porcentaje de las reservas que gestionaba de los titulares de los inmuebles, más un porcentaje del precio del alquiler por parte de los arrendatarios.

(107) Sent. del 20/12/2017, "Asoc. Profesional Elite Taxi c. Uber system Spain SL" y sent. 10/04/2018 contra Uber France SAS, cits. en notas 93 y 94; PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., p. 237. Dice que no es servicio de la sociedad de información cuando la plataforma ejerce una influencia significativa sobre el prestador del servicio. El mismo autor en nota 52 expresa que el criterio de

estos casos, la plataforma se halla obligada a responder por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del proveedor (108).

La citada "Agenda Europea para la Economía Colaborativa" también contiene una serie de criterios de interés para determinar en qué casos hay una influencia significativa de la plataforma sobre el prestador del servicio. Estos son:

- *Fijación del precio final del servicio*. No así, cuando la plataforma solo recomienda el precio o cuando el prestador tiene libertad para aceptarlo

- *Determinación de las condiciones contractuales*: ello se produce cuando la intermediaria da instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio; sufraga los gastos y asume los

la influencia significativa es empleado habitualmente en normas mercantiles para determinar si existe una verdadera unidad económica entre varias entidades, pese a que jurídicamente sean independientes entre sí. Un supuesto diferente, es decir, comprendido dentro del servicio de la sociedad de información, es el caso de la plataforma BlaBlaCar, a cuyo respecto el Juzg. N° 2 en lo Mercantil de Madrid expresó que presta un servicio de la sociedad de información porque se limita a poner en contacto a particulares y solo realiza un control de pagos y recoge las opiniones de las personas intervinientes sobre retrasos o sobre la calidad de los servicios; JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 84, distingue las funciones de las dos plataformas de transporte colaborativo. En el caso de BlaBlaCar, el conductor realiza un trayecto para satisfacer sus propias necesidades. En el caso de Uber, por el contrario, el conductor realiza un trayecto en exclusivo interés del solicitante del servicio, actuando como un conductor profesional. Para más detalles sobre las funciones de la plataforma Uber, ver mismo autor y obra, ps. 84-88 y 129 a 158.

(108) Conf. ORTI VALLEJO, Antonio, ob. cit., ps. 109-110, expresa que, en ese tipo de plataformas, cuando se recibe la demanda del servicio, se está aceptando una oferta, por lo que cabe entender que asume ella misma el encargo, aunque a continuación, busque en sus listas un proveedor dispuesto a realizar la prestación. Dice que en estos casos el usuario contrata directamente con la plataforma y que esta encarga la ejecución a un tercero (el proveedor) con el que puede estar ligado por una relación laboral o por una subcontratación; VILALTA NICUESA, Aura E., ob. cit., ps. 291-95; JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 81, nota 92, ps. 82-83 nota 97, expresa que estas actividades que asume la plataforma generan una apariencia que puede llegar a tener un peso determinante en las decisiones de contratación de los usuarios.

riesgos de la prestación de los servicios subyacentes, o cuando existe una relación laboral entre los prestadores del servicio subyacente y la plataforma. También existe tal determinación cuando la empresa realiza campañas activas de comercialización, publicidad y estrategias de *marketing*; cuando puede retener los pagos efectuados por los clientes en virtud de los contratos entre proveedor y estos; y —según algunos autores— cuando interviene en la solución de reclamos de los clientes (109).

- *La posesión de activos claves para la prestación del servicio* (110).

VI.2. *Casos de responsabilidad por daños a las personas o bienes*

Suele preocupar a los usuarios de servicios de la economía colaborativa la cuestión acerca de quién es responsable en caso de presentarse un problema, como, por ejemplo, en caso de producirse daños a personas o bienes (111).

Ante todo, debemos aclarar que no existe una respuesta única a tal interrogante, ya que, según hemos afirmado, la economía colaborativa comprende un universo de relaciones muy variadas entre sí, que deberán analizarse caso a caso. Pero toda vez que se formula dicha pregunta, interesa especialmente analizar si los administradores de plataformas colaborativas podrán ser llamados a reparar los daños que sufran los usuarios en su persona o en sus bienes.

(109) PIZARRO NEVADO, Rafael, ob. cit., p. 237; VILALTA NICUESA, Aura E., ob. cit. DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, ob. cit., ps. 59-60; PERTINEZ VILCHEZ, Francisco, ob. cit., p. 154, expresa que la intervención de la plataforma en las reclamaciones de los clientes no constituye una intervención por la que deba responder del incumplimiento de la relación subyacente.

(110) DÍAZ GÓMEZ, María Angustias, ob. cit., p. 60, nota 95, dice que este criterio ha cambiado, citando la opinión del abogado general, Sr. Maciej Szpunar, en las conclusiones presentadas el 11/05/2017 (nro. 55) asunto C-415 "Asociación Profesional Élite Taxi vs. Uber Systems Spain SL", quien expuso que carece de pertinencia que Uber no sea propietario, ya que un empresario puede perfectamente realizar las prestaciones de servicio de transporte mediante vehículos pertenecientes a terceros; JARNE MUÑOZ, Pablo, "Economía colaborativa...", ob. cit., p. 81, nota 92.

(111) ATHANASSIOU, Ersi - KOTSI, Agapi, ob. cit.

Hemos visto, además, que los contratos de la economía colaborativa y variados marcos regulatorios ubican a los administradores de plataformas en el rol de corredores —cuyas obligaciones esenciales se describen en el art. 1347, Cód. Civ. y Com.—. Pero lo cierto es que al menos desde el punto de vista de la responsabilidad civil, muchos de ellos actúan como verdaderos principales o deudores directos en los términos de los arts. 1753 y 732 del Código unificado.

En efecto, desde hace ya muchas décadas, resulta habitual que la producción, la distribución y la comercialización de bienes, como, asimismo, la prestación de servicios, se efective por intermedio de personas distintas al deudor contractual, que frecuentemente es una empresa organizada. De hecho, suele suceder que el deudor precisa de la colaboración de terceros auxiliares, dependientes o no, para que ejecuten materialmente las prestaciones comprometidas (112). Y ya la doctrina clásica afirmaba que esa extensión de sus operaciones también significaba la ampliación de riesgos, que justificaba la imposición de un deber al principal, de reparar los daños causados por quienes actuaban en su interés (113).

El Código unificado contiene dos disposiciones esenciales con relación al tema bajo estudio: el art. 732, referido a la actividad de auxiliares, que consagra expresamente el principio de equiparación, establece que "El incumplimiento de las personas de las que el deudor se sirve para la ejecución de la obligación se equipara al derivado del propio hecho del obligado" y el art. 1753, que dispone que "El principal responde objetivamente por los daños que causen los

(112) AGOGLIA, M. Marta - BORAGINA, Juan C. - MEZA, Jorge A., "Responsabilidad por hecho ajeno", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995; BORAGINA, Juan Carlos - MEZA, Jorge, "Responsabilidad obligacional del deudor por el hecho del tercero ejecutor de la prestación", en WIERZBA, Sandra M. - MEZA, Jorge - BORAGINA, Juan Carlos, "Derecho de daños. Análisis bajo el Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2017; WIERZBA, Sandra M., "Manual de obligaciones civiles y comerciales", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed. act. y amp., ps. 662 y ss.

(113) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 377-378.

que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas...”

En cuanto a los requisitos para que opere este tipo de responsabilidad, más allá de la existencia de un “hecho antijurídico del subordinado o tercero incorporado al cumplimiento de la obligación” —antijuridicidad objetiva— y de un daño causado “en ejercicio o con ocasión de la función,” esta figura requiere de “una relación de dependencia”.

En el ámbito de la responsabilidad civil, la relación de dependencia supone una subordinación en sentido amplio, que excede el contrato que la contiene.

Tradicionalmente se sostuvo que resultaba determinante que el principal tuviera la facultad de impartir instrucciones a su subordinado y que, de algún modo, este último respondiera al interés de aquel. Sin embargo, no se consideraba necesario que el dependiente fuera un empleado, ni que prestara servicios, sujeto a horarios o en lugares determinados, pudiendo existir entre el principal y el dependiente una relación meramente circunstancial y/o que no importara retribución alguna. En este sentido, la relación de dependencia se configuraba siempre que el autor del daño hubiera dependido para su accionar de la autorización del principal, aun cuando se tratara de una relación circunstancial o gratuita (114).

Actualmente, respecto de la responsabilidad del principal (art. 1753), se asocia la relación de dependencia con casos donde existe una autorización expresa o tácita para obrar en interés

(114) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, ob. cit., p. 378. A su vez, un sector doctrinario señalaba que el dato distintivo no era la subordinación del dependiente, sino el hecho de actuar este por cuenta y en interés de otro, borrándose así las diferencias entre las órbitas contractual y extracontractual (mucho tiempo antes de entrar en vigencia el Código unificado), ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Daños causados por los dependientes", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, ps. 65-66.

del principal y un poder actual o potencial de impartir órdenes o instrucciones al autorizado acerca de la manera de realizar las tareas (115).

Si se trata del ámbito obligacional, en función del principio de equiparación consagrado por el art. 732, Cód. Civ. y Com., bastará con que el tercero se haya incorporado al cumplimiento de la obligación, para que el deudor se vea comprometido. Dicho tercero podrá ser hasta un empresario autónomo o cualquier persona no subordinada, para que el principal (deudor) responda; y este lo hará no como responsable del hecho del otro, sino como deudor de una obligación incumplida (116).

Así las cosas, al menos en algunos de los modelos paradigmáticos de la economía colaborativa, con independencia de que exista o no una relación laboral propiamente dicha entre las plataformas de vinculación y los choferes o repartidores, la dependencia civil luce ostensible. Es que, si bien el espíritu colaborativo de la economía bajo estudio podrá seguir expresándose en algunos supuestos, en casos como el de Uber, Glovo, Pedidos Ya y Rappi, los administradores de tales plataformas en definitiva se valen de las personas físicas que conducen los motocicletos y las bicicletas para cumplir con sus objetivos, repartiéndoles distinto tipo de instrucciones, de tal modo que los servicios sean presentados de acuerdo con sus estándares. Y la confianza de los usuarios en los estándares de organización, calidad y cumplimiento de dichas empresas es un factor determinante de la contratación, que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente en nuestro país, obrará como criterio legal básico de interpretación de los

(115) PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., p. 125.

(116) SILVESTRE, Norma O. (dir.) - MARINO, Abel E. - MAGLIO, M. Claudia - BURGOS, Débora, "Obligaciones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., ps. 248-249 y 263-266; MARINO, Abel E., "Responsabilidad obligacional por el hecho ajeno", RDD 2012-3. Proyecto de Código Civil y Comercial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, p. 300; SILVESTRE AIMO, Norma O. - MARINO, Abel E., "Responsabilidad por los hechos de los auxiliares obligacionales y de los dependientes", RCyS, 4, año XVII, ed. esp. Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. La Ley, abril de 2015, p. 188.

contratos involucrados —conf. art. 1067, Cód. Civ. y Com.— **(117)**.

La solución no varía si se analiza el tema desde la perspectiva de las normas de consumo —según pensamos—, pues con base en el art. 40, LDC, “si el daño al consumidor resulta (...) de la prestación del servicio —riesgoso—, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio”, en forma solidaria; interpretándose que el sujeto prioritariamente tutelado es el proveedor o usuario, debiendo subordinarse los intereses del proveedor intermediario a la previa protección de aquel **(118)**. Además, en los casos señalados, como mínimo las empresas administradoras de las plataformas habrán puesto su marca para la prestación del servicio.

Lo antedicho es sin perjuicio de otros criterios que podrán resultar aplicables a la responsabilidad por daños causados a la persona o a los bienes de los usuarios de servicios prestados en el contexto de la economía colaborativa, con base en disposiciones como el art. 1286 del Cód. Civ. y Com. —sobre responsabilidad del transportista—; los arts. 1757 y 1758 del Cód. Civ. y Com. —sobre responsabilidad del dueño y el guardián de cosas riesgosas o viciosas, y de quienes realizan u obtienen provecho de actividades riesgosas **(119)**—; e incluso a los arts. 1345 a 1355 del Cód. Civ. y Com., cuando la gestión realizada por la plataforma de vinculación, real y esencialmente consista en un corretaje.

(117) Ver NICOLAU, Noemí L., "El principio de confianza en el derecho civil actual", cita online: 0003/008282, donde se destaca que, desde antaño, la confianza fue considerada como parte de los principios generales que son las claves jurídicas de la convivencia; ligado a la buena fe y con variados efectos concretos en el entorno de los negocios jurídicos, como, p. ej., en materia de nulidad, resolución, evicción y vicios redhibitorios.

(118) CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Responsabilidad Jurídica por fallas masivas en los smartphones", Sup. Act. 15/11/2011, 1 - DJ 01/02/2012, 1, AR/DOC/5648/2011.

(119) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, t. 4, y "Daños causados por el riesgo de la cosa y por una conducta riesgosa", LA LEY 1983-D, 113.

VII. Reflexiones finales

La economía colaborativa parece haber llegado a nuestro medio para instalarse y constituir un verdadero sello de estos tiempos. Sus atributos en términos de promoción de la actividad de pequeñas y medianas empresas, desarrollo de regiones y actividades inexploradas, inclusión de los grupos vulnerables en el mundo del trabajo y uso eficiente de recursos, lucen poderosos y capaces de superar los conflictos que derivarán de su enfrentamiento con esquemas económicos y organizaciones sociales tradicionales.

No siempre será sencillo encuadrar las variadas relaciones negociales de la economía colaborativa que la modernidad líquida, de la mano de la tecnología, podrán diseñar. Pensar en una regulación común, para todas las figuras de esta nueva forma de prestación de servicios, parece hoy una empresa improbable, por tratarse de un género tan novedoso y cambiante como inclusivo de especies de naturaleza diversa. Las normas generales podrán dar un marco general a estos desarrollos.

En cambio, pensamos que será preciso seguir regulando al menos algunas de las especies de la economía de acceso implantadas localmente: aquellas que razones de interés público, relevante impacto local, conflictividad a la que den lugar o bien aspectos poco claros, así lo justifiquen. Interesará garantizar una competencia justa en relación con las industrias tradicionales, promover la tributación local como forma de propiciar una distribución equitativa de la riqueza, además de procurar que estas nuevas formas de producción y consumo se desarrollen respetando los derechos fundamentales arraigados en nuestra cultura.

Una mirada atenta al fenómeno desde los enfoques propios de la responsabilidad civil y el derecho de daños también tendrá todo un sentido. La coexistencia de la economía clásica con la digital, proyectada para las próximas décadas requerirá de permanentes ajustes, controles y equilibrios, porque para aquella se consagraron fuertes roles diferenciados (víctima/responsable; consumidor/proveedor); grandes paradigmas en materia de indemnización de daños (reparación integral; factores de atribución ob-

jetivos; obligados plurales), que se desdibujan en el entorno de las relaciones mediadas por la tecnología, como las propias de la economía colaborativa. Y resultará prudente evitar la aplicación de estándares diferenciados para uno y otro ámbito, para la reparación de perjuicios similares. No sea que el Derecho funcione como

herramienta para que las modernas formas de prestación de servicios logren un desdibujamiento en la adecuada reparación de los daños, contribuyendo, además, a la sostenida disminución del rol de las industrias de la economía clásica.

La comercialización de semillas mediante el sistema de regalía extendida

Andrés Sánchez Herrero (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Naturaleza jurídica.— III. Efectos.— IV. Sanciones.— V. Validez.— VI. Eficacia frente a terceros.— VII. Reflexión final.

I. Introducción

Desde hace ya un par de décadas, se ha difundido en la Argentina la práctica de comercializar semilla mediante el denominado “sistema de regalía extendida”. Se trata de una modalidad del contrato de compraventa que celebra el productor agrícola con el vendedor del material de reproducción, ya sea el mismo obtentor o un distribuidor. Partiendo del reconocimiento legal de la excepción del agricultor, se intenta modificar este régimen mediante una cláusula contractual, por la que el agricultor se compromete a pagar una suma de dinero al obtentor en caso de reservar para la siembra semilla derivada del material adquirido, en la medida en que efectivamente la utilice para uso propio (1). Esta modalidad de comercialización ha provocado una enorme controversia. En su momento, algunas de las principales organizaciones de productores agrícolas manifestaron su repudio por la difusión de esta práctica comercial. Destacando los efectos perjudiciales que acarrea para el productor agrícola, las entidades referidas han sostenido enfáticamente que esta cláusula es inválida.

(1) La excepción del agricultor es una restricción al derecho del obtentor, por la cual el productor agrícola puede reservar una parte del material cosechado para destinarlo a la siembra en su propia explotación. Al respecto, ver SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “El contenido patrimonial del derecho de obtentor”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, ps. 409-498.

De acuerdo con las presentaciones públicas que realizó la Asociación Argentina de Protección de Obtenciones Vegetales —ARPOV—, los fines del sistema de regalía extendida son los siguientes:

- a) reconocer el derecho a la propiedad intelectual;
- b) fomentar la investigación, asegurando la sustentabilidad del proceso de investigación en la industria semillera (2), y
- c) asegurar la competitividad de la agricultura y del sector competitivo.

Ante el evidente fracaso del régimen de la ley 20.247, el sistema de regalía extendida fue una innovación jurídica que los obtentores implementaron con el fin de neutralizar, en alguna medida, la proliferación de semilla ilegal.

En suma, mediante esta cláusula el productor agrícola se compromete a pagar por el uso propio, facultad que, de no ser por esta estipulación contractual, podría ejercer gratuitamente, habida cuenta de la autorización prevista en el art. 27 de la ley 20.247. Asimismo, asume ciertos deberes de información frente al titular de la variedad vegetal, cuyo incumplimiento se encuentra severamente sancionado, aun cuando no haya mediado uso propio.

(2) V. “Semillas: un mercado en movimiento”, en *Clarín rural*, 15/06/2005.

Las etapas que llevan desde la celebración de este acuerdo hasta su finalización son las siguientes:

a) Lanzamiento de una variedad bajo el sistema de regalía extendida. El obtentor hace públicas las condiciones de comercialización y uso del material a través de ofertas publicadas. Estas mismas condiciones se repiten en los marbetes, folletos, facturas, remitos, bolsas de semillas y reuniones a campo.

b) Compra del material de reproducción por parte del productor agrícola, ya sea al mismo titular del derecho del obtentor o a un distribuidor autorizado (3). Al comprar, el productor adhiere al sistema de regalía extendida (4).

c) Cosecha y reserva del material. El productor agrícola debe informar al obtentor la cantidad cosechada, la que piensa reservar para uso propio, y, en su caso, el lugar de procesamiento y almacenaje.

d) Siembra. El productor está obligado a informar al obtentor la cantidad de kilogramos sembrados al amparo de la reserva para uso propio.

e) Liquidación. Recibida esa información, el obtentor efectúa una liquidación en la que indica cuál es el precio que se debe abonar en concepto de regalía extendida.

f) Pago. Ya en poder de la factura, el productor agrícola paga al obtentor el precio fijado en la liquidación.

El proceso puede renovarse indefinidamente, hasta que, en alguna cosecha, el productor opte por no efectuar reserva alguna o se extinga el derecho del obtentor sobre la variedad vegetal en cuestión.

(3) Queda claro que, si la compra inicial no tiene por parte vendedora al titular del derecho del obtentor o a un distribuidor autorizado, nos encontramos frente a un acto ilícito y no cabe hablar, por ende, de sistema de regalía extendida. Este sistema presupone una compra inicial lícita del material de reproducción.

(4) Así lo entienden, por lo menos, los titulares de la variedad. En contra, se ha señalado que aquí no media una manifestación de voluntad válida por parte del productor agrícola, por lo que el sistema de regalía extendida no sería válido ni vinculante.

En nuestro país, el sistema se viene implementando por lo menos desde el año 2000, ha sido adoptado por buena parte de la industria semillera y se utiliza respecto de variedades de marcada importancia económica (v.gr., soja, trigo y algodón). La superficie sembrada con estas variedades cubre la mayor parte de la superficie de los cultivos de soja y trigo del país.

II. Naturaleza jurídica

Para determinar la validez de este acto es necesario, previamente, establecer con claridad su naturaleza jurídica. A tal efecto, partiremos de lo establecido en el art. 27 de la ley 20.247, conforme al cual “no lesiona el derecho de propiedad sobre un cultivar (...) quien reserva y siembra semilla para su propio uso...”. Allí se le reconoce un derecho al agricultor: reservar semilla para luego volver a sembrarla en su propia explotación. Tal como está planteado en la norma, se trata de un acto libre —el productor no necesita autorización alguna del obtentor— y gratuito.

Presuponiendo este marco legal, el sistema de regalía extendida lo altera profundamente. Al comprar semilla comercializada bajo esta modalidad, el productor agrícola se compromete a pagar, en caso de que opte por reservar semilla para uso propio, el precio de una regalía. Dado que el agricultor no necesita de la autorización del obtentor para efectuar la reserva, el acto, aun dentro del sistema de regalía extendida, sigue siendo libre. Pero deja de ser gratuito. Por lo tanto, se trata de una renuncia.

Mediante la cláusula de regalía extendida se da nacimiento a un contrato de opción de licencia, en los términos del art. 996 del Cód. Civ. y Com.: “El contrato que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorga al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo”. El obligado es el obtentor, y el beneficiario de la opción es el productor agrícola. En virtud de esta opción de licencia, el obtentor se obliga a mantener la oferta a licenciar el uso del material que el productor agrícola reserve, si este prefiere hacerlo. El contrato no obliga al productor a contratar —por eso es una opción—, pero, si opta, deberá ajustarse a las condiciones preestablecidas por el obtentor.

III. Efectos

La inserción de una cláusula de regalía extendida altera de manera profunda los efectos normales que se derivan de una simple compraventa, como así también, el funcionamiento de tradicionales institutos del régimen de propiedad intelectual sobre semillas, e incluso del Cód. Civ. y Com.:

a) Se generan obligaciones para las partes que exceden las tradicionalmente derivadas del contrato de compraventa.

b) Se altera por completo el funcionamiento de la excepción del agricultor, prevista en el art. 27 de la ley 20.247.

c) También se afecta, de modo indirecto, el régimen del agotamiento del derecho.

d) El derecho de dominio que el comprador adquiere sobre la cosa, una vez cumplido el modo de transmisión de la propiedad —esto es, la tradición— se ve recortado en aspectos fundamentales como el *ius fruendi* y el *ius abutendi*.

IV. Sanciones

Es usual que en los contratos predisuestos en los que se inserta el régimen de regalía extendida se establezcan cláusulas penales para el caso de incumplimiento del productor agrícola de las obligaciones previstas en este régimen (v.gr., incumplimiento del deber de información, suministro de información falsa, omisión de pago de la regalía, etc.). El valor de esta cláusula penal, como así también su método de determinación, varía según los distintos casos. En algunos contratos el monto de la cláusula penal equivale a cinco veces el valor de la regalía que figura en la oferta pública. En la venta de otras variedades se fija el monto de esta cláusula penal en tres veces el total que hubiese debido pagarse en concepto de regalía. Por último, hay contratos en los que solo se alude a “las sanciones legales correspondientes” o a las “sanciones penales y/o comerciales correspondientes”.

V. Validez

El acto por el cual el agricultor se compromete a pagar una suma de dinero en caso de ejercer su derecho de reserva constituye, en un sentido

lato, una renuncia o, cuanto menos, un acto de disposición del derecho. En consecuencia, para analizar la validez de una cláusula de este tipo es necesario, en primer lugar, determinar si el derecho del agricultor es renunciable y seguidamente, suponiendo que se trate de un derecho renunciable, debe analizarse si el contrato o la cláusula contractual a través de la cual se ha renunciado es válido.

V.1. ¿Es renunciable el derecho del agricultor?

Si esta cláusula implica una renuncia o, en términos más generales, un acto de disposición del derecho del agricultor, su validez depende de si el derecho en cuestión es renunciable. Se trata de un tema sobre el que aún no han recaído pronunciamientos judiciales. A nivel doctrinario, las opiniones están divididas. Un sector ha entendido que el derecho del agricultor es disponible (5). En otros casos, esta cláusula ha sido calificada como de “dudosa legalidad” (6), y para otro sector esta carece de validez, ya que, el derecho del agricultor es irrenunciable (7). En su versión más virulenta, desde esta postura llegó a afirmarse que “la exigencia de regalías extendidas es ilegal y configura, sin lugar a dudas, un ilícito penal” (8). De hecho, entidades y corporaciones de primera importancia en la actividad agrícola —Coninagro, Confederaciones Rurales Argentinas, Federación Agraria Argentina y Sociedad Rural Argentina— rechazaron públicamente los sistemas de “regalías extendidas”, considerándolos ilegales.

(5) BUSTAMANTE, Eugenia L., “La cláusula de regalía extendida en el contrato de compraventa de semillas. ¿Es abusiva según lo dispuesto para los contratos celebrados por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación?”, *Revista Jurídica de Agronegocios*, 5, dic. 2017; DE APELLANIZ O'FARREL, Ignacio, “Multiplicación y transferencia de tecnología en genética vegetal. Análisis de la ley 20.247 y arts. 1144 y 1146 del Código Civil”, LA LEY, 2004-D, 1340-1342 (además, considera que la cláusula de regalía extendida es válida).

(6) FEDERACIÓN AGRARIA ARGENTINA, “Patentamiento y regalías en semillas. Un país que resigna soberanía”, Rosario, ed. del autor, 2005, p. 40.

(7) “Monsanto y las compañías semilleros en Argentina”, en: *A contrapelo*, octubre de 2004, p. 2; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “Las regalías extendidas. Su invalidez en el régimen legal argentino”, LA LEY, del 27/10 y del 02/11/2005, ps. 1 y ss.

(8) *Ibidem*.

¿Es válido el sistema de regalía extendida implementado en los últimos años por las empresas semilleras? Veamos los argumentos contrarios a su validez:

a) El convenio UPOV 1978 reconoce al productor agrícola el derecho de resiembra del producto cosechado (9).

En efecto, el tratado solo extiende los poderes del obtentor respecto de la producción “con fines comerciales” (10). Partiendo de este dato normativo, se ha afirmado que “en consecuencia, el derecho de los productores, en verdad, reviste carácter suprallegal” (11). Por ende, se concluyó que “surge incontrastable que, con base en el marco normativo vigente, los semilleros carecen de todo derecho a pretender el pago de la denominada “regalía extendida”, puesto que así lo establece la UPOV 78; y la norma de rango inferior, ley 20.247 de Semillas” (12).

La razón esgrimida no es aceptable, dado que el Convenio UPOV 1978 solo establece una protección mínima de la propiedad intelectual, por lo que nada impide que esa protección sea elevada eliminando o suprimiendo —ya sea por vía legal o contractual— restricciones al derecho del obtentor.

b) El derecho que a partir de la excepción del agricultor nace para el productor agrícola es de orden público y, por lo tanto, indisponible e irrenunciable.

En este sentido, se ha afirmado que “aquí existe un interés público, un orden público, que hace indisponible el derecho de resiembra que posee el productor agropecuario (...). No es posible que se permita un grado de intervención tan lacerante, a empresas privadas que no persiguen ninguna finalidad de bien público” (13). Al respecto, el art. 12 del Cód. Civ. y Com. prescribe que “[l]as convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya obser-

vancia está interesado el orden público”. En la misma línea, el art. 944 dispone que “[t]oda persona puede renunciar a los derechos conferidos por la ley cuando la renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados”. Evidentemente, al reconocer el derecho del agricultor, el legislador no solo mira al interés individual de los productores agrícolas, sino también un interés económico general. Al respecto, se ha señalado que “aquí hay una política de Estado, que persigue, fundamentalmente, el desarrollo de las áreas cultivadas, para lo cual es fundamental asegurar al productor su derecho fundamental a utilizar su propia simiente” (14).

c) La cláusula de regalía extendida es inválida porque la ley 20.247 permite el uso propio sin condicionamiento alguno (15).

Efectivamente, nuestra legislación regula la excepción del agricultor sin fijarle casi limitación alguna (16). Con todo, esto no implica que esas restricciones no puedan ser incorporadas a través de un pacto, en la medida en que ese pacto no afecte una norma de orden público.

Todo parece girar en torno a la misma cuestión: ¿es de orden público la norma jurídica que reconoce la excepción o el derecho del agricultor? Se trata de un derecho subjetivo que se concede, sobre todo, para la satisfacción de un interés particular del agricultor, que es su titular. Pero, mediatamente, se fundamenta también en la satisfacción de un interés de carácter general: reducir los costos de la producción agrícola.

Lo cierto es que en numerosas oportunidades la ley admite la renuncia de derechos que tutelan en forma inmediata o principal un interés particular, y de manera mediata o secundaria un interés colectivo. Tal es el caso, por ejemplo, de las patentes (17), las marcas (18), y el mismo

(14) *Ibidem*.

(15) “Monsanto...”, ob. cit., p. 2.

(16) V. SÁNCHEZ HERRERO, Andrés, “La excepción del agricultor. Análisis dogmático”, en RAPELA, Miguel A. (dir.) – SCHÖTZ, Gustavo (coord.), *Innovación y propiedad intelectual en mejoramiento vegetal y biotecnología agrícola*, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2006, ps. 159-205.

(17) Ley 24.481, art. 62, inc. b).

(18) Ley 22.362, art. 23, inc. a).

(9) *Ibidem*.

(10) Convenio UPOV 1978, art. 5.1.

(11) ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., ob. cit., ps. 1 y ss.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*.

derecho del obtentor **(19)**. O de la renuncia a la prescripción ya ganada, pacíficamente admitida por la doctrina y la jurisprudencia.

En los cuatro casos referidos existe, además de un interés particular del titular del derecho, uno de carácter general o público.

El tema de la renunciabilidad del derecho del agricultor sigue abierto, entonces, justamente porque no basta con constatar que hay un interés general involucrado en su reconocimiento para concluir que este es irrenunciable. La cuestión depende de si la norma que lo reconoce —esto es, el art. 27, ley 20.247— es de orden público.

Ahora bien, ¿qué es el orden público? La ley no lo define: se limita a establecer que las normas de orden público no pueden ser dejadas sin efecto por los particulares. El antecedente más remoto de esta regla limitativa de la autonomía de la voluntad lo encontramos en el *Corpus Iuris Civilis: privatorum conventio juri publico non derogat* **(20)**. La norma indica cuál es su principal efecto, pero no define qué es el orden público. Al respecto, se ha señalado que “el concepto de orden público es de una latitud tal que resulta muy difícil obtener una caracterización jurídica que pueda servir de guía segura para el legislador cuando así califica a una determinada ley, y para el juez que la aplica a los casos singulares” **(21)**. Con todo, es necesario precisar, en la medida de lo posible, qué es lo que torna imperativas ciertas normas. Así, se ha entendido que el orden público está constituido por los principios fundamentales que presiden el ordenamiento jurídico, dados por los preceptos constitucionales y ciertas normas y disposi-

ciones que se extraen de la ley **(22)**. También se lo suele definir como el conjunto de ideas sociales, políticas, morales, económicas y religiosas al que una sociedad cree ligada su existencia.

El concepto de orden público es, como puede advertirse, vago. Se trata de una noción que, necesariamente, requiere ser concretada. Al respecto, conviene tener presente que no es adecuado efectuar calificaciones genéricas de orden público, sino que es necesario considerar la cuestión en cuanto a cada norma jurídica en particular. Así, se ha señalado que “no resultan apropiadas la doctrina y la jurisprudencia que califica como de orden público, de manera general e indiscriminada, a normas solo individualizadas por su pertinencia a determinadas ramas o materias generales del Derecho” **(23)**. El tema que nos convoca, pues, no se define calificando genéricamente a la ley 20.247: ya hemos visto que hay derechos reconocidos en esta que son renunciables (v.gr., el derecho del obtentor, cuya renuncia está expresamente prevista en el art. 30 de la ley citada), lo que presupone que la norma que los reconoce no es de orden público. Y esto no autoriza a considerar que ninguno de los preceptos de la ley 20.247 sea de orden público. De hecho, esta contiene normas sobre comercialización de semillas que son imperativas. Planteado el caso, el juzgador deberá definir, específicamente, si la regla que reconoce la excepción del agricultor —el art. 27 de la Ley de Semillas— es de orden público.

Pero, ¿con qué criterio? ¿De qué depende que una norma jurídica sea de orden público? No hay un único criterio: deberán tomarse en consideración la materia regulada, los motivos que inspiraron el dictado de la ley, los bienes jurídicos que esta protege, entre otros factores relevantes. A modo de ejemplo, recordemos algunas instituciones consideradas de orden público: la capacidad de derecho de las personas

(19) Ley 20.247, art. 30, inc. a).

(20) Dec.-ley, 17, 45, 1 (“El convenio privado no puede derogar el derecho público”).

(21) BREBBIA, Roberto H., “Instituciones de derecho civil”, Ed. Juris, Rosario, 1997, t. I, p. 79. En el mismo sentido, se ha señalado que “la vaguedad de este concepto, resulta desconcertante a poco que se lo analice (...). Todos los juristas que se han ocupado del tema, han confesado su fracaso y su impotencia ante este problema”. V. en BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil - Parte general”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, vol. I, 12ª ed., p. 67.

(22) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 83.

(23) *Ibid.*, p. 85. En la misma línea, agrega el autor: “la apreciación del carácter de orden público debe efectuarse en cada caso particular y con criterio restrictivo, teniendo en cuenta con exclusividad, si la norma o normas aplicables al caso resultan atentatorias a los principios fundamentales del orden jurídico; y no los preceptos agrupados en una ley, o que integran determinada rama o instituto de Derecho”.

físicas, el estado civil, el nombre (24), libre elección del domicilio real, la mayoría de las normas de derecho de familia, entre otras. También se han definido como de orden público normas que regulan cuestiones de índole patrimonial. Por ejemplo, respecto de los derechos reales, el art. 1844 del Cód. Civ. y Com. dispone que “[l]a regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida solo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”. Entre las normas que regulan el derecho sucesorio, son de orden público las que establecen la legítima de los herederos. De acuerdo con el art. 2444, “[t]ienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”. Y en el art. 2449 se agrega que “[e]s irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta”.

El orden público no queda circunscripto a una rama del derecho en particular. Con todo, en el ámbito de las obligaciones y contratos, que es el que nos interesa para dilucidar la validez del régimen de regalía extendida, la regla es que las normas no son de orden público. Pero hay excepciones. Tal es el caso de la prohibición de cierto tipo de condiciones (25), la causa ilícita (26), la usura (27), la reducción de cláusulas penales (28), el objeto de los actos jurídicos (29), la lesión (30), el abuso del derecho (31) y los actos en fraude a la ley (32), entre otros.

(24) Ley 18248.

(25) Art. 344, Cód. Civ. y Com.

(26) Art. 1014, Cód. Civ. y Com.

(27) Art. 771, Cód. Civ. y Com.

(28) Art. 794, Cód. Civ. y Com.

(29) Arts. 279 y 1004, Cód. Civ. y Com.

(30) Art. 332, Cód. Civ. y Com.

(31) Art. 12, Cód. Civ. y Com.

(32) Art. 12, Cód. Civ. y Com.

En función de lo expuesto, ¿podemos considerar que es de orden público la norma que reconoce la excepción del agricultor? Como se ha señalado, dado que “toda violación a un interés particular afecta también al interés general, y viceversa, la norma que protege los intereses generales también tiene en cuenta mediatamente el interés de los particulares, se hace necesario determinar por el juez *cuál de esos intereses resulta predominante* en el espíritu de la ley” (33). La cuestión no depende, pues, de si está involucrado un interés general en el reconocimiento de la excepción del agricultor. La respuesta afirmativa es evidente. Lo que cuenta es cuál es el interés predominante y, en su caso, si en la protección de ese interés está involucrado el orden público (34). Creemos que se impone la respuesta negativa: en el reconocimiento de la excepción del agricultor se encuentra comprendido, principalmente, el interés particular del titular. Luego, el derecho del agricultor es renunciabile (35). Consideremos los principales argumentos en los que se apoya esta postura:

a) El derecho al que el productor agrícola renuncia o del cual dispone es, sin duda, de carácter patrimonial. Y la doctrina es unánime en que los derechos patrimoniales son, por regla gene-

(33) *Ibidem.*, p. 82.

(34) La asimilación “interés general-orden público” carece de justificación. Hay normas de interés general que no son de orden público —tal es el caso, por ejemplo, de la norma que prohíbe e invalida la constitución de una hipoteca sin respetar el principio de especialidad—; y hay normas de interés predominantemente particular que son de orden público —v.gr., las normas que prohíben e invalidan la celebración de un contrato por un incapaz—.

(35) Contrariamente a lo expuesto, se ha afirmado: “El derecho del obtentor, como derecho de propiedad intelectual, está reconocido de esta manera por el ordenamiento, y del sistema, tal como está estructurado en la ley 20.247, forma parte la facultad del agricultor de reservar semillas y usarlas en la propia siembra sin pago alguno, acto que el legislador no consideró dentro de las facultades prohibitivas que reconociera al obtentor. No existe, en principio, la posibilidad de que los particulares modifiquen por acuerdo privado el sistema de propiedad establecido por la ley, y menos aún por disposición del obtentor” (CASELLA, Aldo P., “Derechos del obtentor y del agricultor: la cuestión en Argentina a la luz de los convenios internacionales y del derecho comparado”, en *Actas del IV Encuentro de Colegios de Abogados sobre Temas de Derecho Agrario*, Ed. Imagen Impresiones, Rosario, 2002, ps. 300-301).

ral, renunciables (36). En consecuencia, debemos considerar que, en principio, el derecho del agricultor es renunciable.

Sin embargo, en contra de este argumento puede sostenerse que la regla que consagra la renunciabilidad de los derechos patrimoniales no es absoluta, sino que admite excepciones. Tal es el caso, por ejemplo, de los alimentos futuros (37), el derecho sobre una herencia futura (38), los derechos reconocidos por una norma laboral (39), las indemnizaciones por accidentes laborales (40) y el derecho de prescribir para el futuro (41), entre otros.

En suma, la regla de la renunciabilidad de los derechos patrimoniales admite no pocas excepciones. Adviértase, sin embargo, que en la mayoría de los casos en que se entiende que un derecho patrimonial no es renunciable es porque hay una norma legal expresa que así lo declara. Norma distinta de aquella que lo reconoce. De lo contrario, podría invocarse que toda norma, al reconocer un derecho, lo hace tácitamente irrenunciable, lo que no es sostenible. Y no existe una norma legal que en forma específica declare la irrenunciabilidad del derecho del agricultor.

La calificación legislativa sobre el orden público no obliga al juez. Esto no solo implica que una norma calificada como de orden público por el legislador pueda no ser considerada como tal por el juez, sino también que un precepto que el legislador no calificó expresamente

(36) BOFFI BOGGERO, Luis M., "Tratado de las obligaciones", Buenos Aires, 1986, 1ª reimp., t. 4, p. 517; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., en BUERES, Alberto J. (dir.) - HIGHTON, Elena I., ob. cit., p. 313; ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Curso de obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, t. II, 3ª ed., reimp., p. 320; LÓPEZ CABANA, Roberto M., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias - Comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, t. 3, p. 760.

(37) Cód. Civ. y Com., art. 539.

(38) Cód. Civ. y Com., art. 2286.

(39) Ley 20.744, arts. 12 y 145.

(40) Ley 24.028, art. 13.

(41) Cód. Civ. y Com., art. 2535 (*a contrario sensu*).

como de orden público, puede ser considerado como tal por el magistrado que deba aplicarla. Tal podría ser el caso de la norma que consagra la excepción del agricultor.

Este argumento, en suma, no es suficiente para fundar —por lo menos, por sí solo— la renunciabilidad del derecho del agricultor, aunque introduce una suerte de presunción en este sentido, habida cuenta de la regla que trae a colación: la renunciabilidad de los derechos patrimoniales.

b) De acuerdo con el art. 30 de la ley 20.247, "caducará el título de propiedad sobre un cultivar por los siguientes motivos: a) Renuncia del propietario a sus derechos, en cuyo caso el cultivar será de uso público". El derecho del obtentor es renunciable, cuestión que no puede ser ignorada al considerar la renunciabilidad del derecho del agricultor, por varios motivos.

En primer lugar, porque significa que un derecho reconocido por esta ley puede ser renunciable. Esto no implica, en modo alguno que lo sea. Esta observación, que bien podría considerarse superflua, viene a cuento porque en alguna oportunidad se ha afirmado que, si un derecho está reconocido en la Ley de Semillas, entonces, es irrenunciable. Lo que es insostenible, por tres motivos: i) no se advierte cuál es el orden público que resulta afectado o involucrado en todas y cada una de las normas que componen esa norma (42); ii) de hecho, se reconoce la renunciabilidad del principal derecho subjetivo regulado por la ley, es decir, el derecho del obtentor; y iii) no cabe efectuar calificaciones genéricas sobre el orden público de una ley, sino que la cuestión debe ser discernida en forma diferenciada respecto de cada norma en particular (43).

En segundo término, el caso del derecho del obtentor es un claro ejemplo de cómo un de-

(42) Lo que no implica negar, en modo alguno, que algunas de esas normas puedan ser de orden público.

(43) En este sentido, se ha señalado que "no resultan apropiadas la doctrina y la jurisprudencia que califica como de orden público, de manera general e indiscriminada, a normas solo individualizadas por su pertinencia a determinadas ramas o materias generales del Derecho" (BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 85).

recho puede ser renunciable a pesar de estar involucrado en su reconocimiento un interés general, en la medida en que exista, además, un interés de índole particular cuya importancia predomine en términos relativos. En efecto, la ley 20.247 contiene numerosas alusiones a cuál es el interés protegido mediante el reconocimiento del derecho del obtentor. Al respecto, la nota de elevación de la ley abunda en declaraciones en las que subraya la finalidad del régimen del derecho del obtentor, destacando el interés general que se encuentra involucrado en su protección: “un proyecto de ley, titulada ‘Ley de Semillas y Creaciones Fitogenéticas’, que será un importante y constructivo instrumento para mejorar la producción y lograr un mayor y sostenido desarrollo de nuestra agricultura, de extraordinaria trascendencia para el bienestar social y económico del país” (44), agregándose más adelante que la finalidad de la ley es garantizar “al fitomejorador derechos de propiedad sobre su creación o descubrimiento, de forma tal que ninguna otra persona pueda reproducir o vender la misma sin su autorización”, acotando que este sistema “permitirá al creador obtener de su propiedad ganancias que le resarzan de su esfuerzo y le proporcionen beneficios en la medida principal de los valores reales del nuevo cultivar obtenido”. Finaliza agregando que “el sistema es simple y semejante al existente en el país para la propiedad intelectual y la propiedad industrial sobre inventos” (45).

También se alude, por cierto, al interés particular tutelado: “el propietario de un nuevo cultivar dispondrá de un cierto tiempo, lo suficientemente prolongado como para obtener un beneficio de su creación y, a la vez, no demasiado corto para limitar la posibilidad de una ganancia razonable, y por ende, reducir el interés del trabajo creativo” (46). Por otro lado, el mismo art. 1º reitera, con relación a sus fines, lo declarado previamente en la nota de elevación: “La presente ley tiene por objeto promover una eficiente actividad de producción y comercialización de semillas, asegurar a los productores agrarios la identidad y calidad de la simiente

que adquieren y proteger la propiedad de las creaciones fitogenéticas” (47).

En definitiva, se advierte que las principales normas que, directa o indirectamente conforman el régimen del derecho del obtentor, manifiestan de manera explícita que su finalidad es reconocer al obtentor una justa participación en cuanto a su aporte tecnológico, e incentivar el desarrollo de la tecnología en el sector del mejoramiento vegetal. La finalidad es doble, por cuanto tutela el interés particular del obtentor y el interés general ligado a la actividad fitomejoradora. Y, sin embargo, el derecho es renunciable. Luego, no es incompatible que en la protección de un derecho esté involucrado un interés general con su renunciabilidad. De hecho, en el reconocimiento de todo derecho subjetivo siempre está involucrado un doble interés, general y particular (48). Lo que cuenta es cuál es el predominante.

El vínculo de lo expuesto con la excepción del agricultor es evidente. Sin duda, subyace un interés general al reconocimiento de la excepción del agricultor. Lo que cuenta es si ese interés general prima sobre el interés particular del productor agrícola, y si su afectación implica afectación del orden público. Aún no hemos abordado de lleno la cuestión, pero sí queda claro que ese interés general subyacente a la excepción no es necesariamente incompatible con la renuncia del derecho del agricultor.

Por lo tanto, este argumento no sirve para fundar la renunciabilidad del derecho del agricultor, sino solo para demostrar que del hecho de

(47) Adviértase cómo ya en este primer artículo de la ley se revela lo promiscuo de su contenido, comprensivo tanto del régimen de comercialización de semillas como del régimen de la propiedad intelectual sobre variedades vegetales. El proyecto de ley constituye, sin duda, una clara superación de esta rémora, ya que, regula separadamente todo lo relativo a la propiedad intelectual sobre variedades vegetales.

(48) Así, se ha señalado que “toda norma jurídica contiene en su seno elementos que atañen al interés particular y al supraindividual, pudiéndose dejar sin efecto cuando predomina el primero y siendo jurídicamente imposible hacerlo cuando acontece ello con el segundo. Se trata, pues, de mayor gravitación de un interés y no de gravitación exclusiva” (BOFFI BOGGERO, Luis M., ob. cit., p. 516).

(44) Ley 20.247, nota de elevación, párr. 1º.

(45) Nota de elevación, comentarios al cap. V.

(46) Nota de elevación de la LSCF, comentarios al cap. V.

que esté previsto en la ley 20.247 y de que en su reconocimiento esté involucrado el interés general, no puede inferirse —como en ciertos casos se ha pretendido— su irrenunciabilidad. Lo que no significa, de ninguna forma, que sea renunciante. Estos son los límites, pues, del argumento considerado.

c) Si aceptásemos que el pacto de regalía extendida vulnera el orden público, tendríamos que concluir que la nulidad del acto debiera ser declarada de oficio por el juez, en la medida en que el vicio sea manifiesto. La solución, como puede advertirse, resulta francamente absurda.

Contra este argumento podría objetarse que “se pone el carro delante del caballo”. En principio, no sería correcto reemplazar el contenido de una norma por otro por considerar que esta es injusta: el intérprete no puede basar su solución en su sentido de justicia, sino que debe resolver el caso de acuerdo con lo que resulta de su encuadramiento en el derecho vigente. Aplicando lo expuesto al caso analizado: no es improbable que la declaración de oficio de la nulidad de la regalía extendida pueda resultar injusta al intérprete, pero esto no lo habilita para desechar la aplicación de la norma que corresponda. En todo caso, el cambio deberá efectuarse mediante una modificación legislativa. Empero, creemos que es atinado tener presente el grado de justicia o injusticia que resulta de una determinada interpretación para preferirla o desecharla frente a otras posibles interpretaciones. En suma: es aceptable que de varias interpretaciones legítimas de una norma —según la metodología jurídica— se prefiera aquella que, de acuerdo con la perspectiva del intérprete, resuelve el caso de la manera más justa.

Este argumento no es suficiente para justificar, por sí solo, la renunciabilidad del derecho del agricultor. No obstante, sí nos permite afirmar que, de resultar sostenible de acuerdo con los cánones interpretativos aceptados por la ciencia jurídica que el derecho del agricultor no afecta el orden público, debe optarse por este resultado interpretativo y no por aquel otro que, al considerar afectado el orden público, nos llevaría a admitir un resultado absurdo, como sería la declaración de oficio de la nulidad de la cláusula de regalía extendida.

d) En nuestro país, importantes corporaciones de agricultores, actuando como multiplicadores y distribuidores de empresas semilleras, han comercializado semillas mediante el sistema de regalía extendida. Apelando a la doctrina de los actos propios, parece que, con posterioridad, los agricultores asociados o quienes son miembros de tales corporaciones, no pueden impugnar la validez del régimen de regalía extendida, habida cuenta de que ellos mismos, a través de sus representantes corporativos, han vendido semilla bajo esta modalidad contractual.

De todas maneras, resulta evidente que este argumento, en la medida en que tenga algún valor para justificar la validez de la regalía extendida, queda circunscripto en su ámbito de aplicación a aquellos agricultores que pertenezcan a una corporación que comercialice semillas bajo esta modalidad o que, por algún otro motivo, se les pueda atribuir que con sus propios actos han validado el régimen de regalía extendida. A esto podría agregarse que una norma no deja de ser de orden público porque sus beneficiarios, en determinadas circunstancias, la avasallen.

e) También se ha invocado en apoyo de esta postura el art. 42 del dec. 2183/1991, en el cual se establece: “El obtentor podrá subordinar su autorización para los actos enunciados en el artículo precedente a las condiciones que él mismo defina, por ejemplo, control de calidad, inspección de lotes, volumen de producción, porcentaje de regalías, plazos, autorización para sublicenciar, etcétera”. Se argumenta que, en virtud de ese artículo, que no es taxativo, el obtentor se encuentra facultado para sujetar su autorización a diversas condiciones, entre las que puede contarse el pago de la regalía extendida. Luego, el artículo en cuestión legitimaría la cláusula de la regalía extendida.

Por diversos motivos, este razonamiento no parece aceptable. En primer lugar, conviene recordar que, aún sin la previsión del art. 42, el obtentor está autorizado para condicionar su autorización. En efecto, el titular de un derecho intelectual se encuentra facultado para prohibir la producción, la comercialización y la entrega a cualquier título de material de reproducción perteneciente a la variedad protegida, aunque

puede renunciar a esta facultad, permitiéndoles a terceros la realización de alguno o todos esos actos que están, en principio, prohibidos. El acto por el cual presta su autorización puede ser gratuito u oneroso, simple o condicionado y, en general, tendrá el contenido que las partes —obtentor y tercero—, en ejercicio de su autonomía de voluntad, prefieran imprimirle. Se trata de un principio elemental en materia de propiedad intelectual, que resulta sin duda aplicable al derecho del obtentor. Luego, la disposición prevista en dicho artículo es superflua, ya que, aun si no existiese, el obtentor estaría facultado para condicionar su autorización según lo que considere conveniente para sus intereses, en la medida en que el tercero estuviese dispuesto a aceptar tales condiciones.

En segundo lugar, este argumento es circular. Se sobreentiende que las condiciones a las que el obtentor puede sujetar su autorización deben ser lícitas. Un derecho intelectual no es una patente de corso que sitúa a su titular más allá de la ley y el derecho, por lo que el ejercicio de sus poderes debe someterse a límites elementales que emanan del ordenamiento jurídico. En particular, y en lo que respecta a la cláusula de regalía extendida, si se pretende exigir la renuncia de un derecho, este debe ser renunciabile. Luego, la renuncia al derecho del agricultor no se legitima por formar parte de un contrato por el cual el obtentor autoriza condicionadamente la realización de determinados actos, sino que, por el contrario, el contrato por el que el obtentor presta su autorización condicionada será lícito cuando aquel derecho cuya renuncia se ha exigido al agricultor sea renunciabile. De esta forma, la determinación de si el derecho del agricultor es renunciabile es una cuestión previa, de la cual depende la validez del contrato por el que esa renuncia se manifiesta. Por los motivos expuestos, entonces, cabe concluir que la referencia al art. 42 del decreto es irrelevante a los efectos de legitimar la cláusula de la regalía extendida. Como norma, es redundante. Y, por ende, el argumento contiene un defecto elemental: es una petición de principios.

f) De acuerdo con el art. 5.4 del Convenio UPOV 1978, “[c]ada Estado de la Unión, bien sea en su propia legislación o en acuerdos especiales tales como los que se mencionan en el art. 29, podrá conceder a los obtentores, para

ciertos géneros o especies botánicas, un derecho más amplio que el que se define en el párr. 1º del presente artículo, el cual podrá extenderse especialmente hasta el producto comercializado”. La norma aclara, en consecuencia, que las previsiones del tratado constituyen tan solo una protección mínima de los obtentores, pero que nada impide que esa protección sea elevada por los Estados de la Unión, ya sea a través de su legislación interna, o por medio de otros tratados. Nada impide, por ejemplo, que un Estado de la Unión establezca en su legislación interna un plazo de duración del derecho del obtentor superior al de quince o dieciocho años que está previsto en el Convenio UPOV 1978 (49). De hecho, la legislación argentina, aunque con una técnica defectuosa, fija en veinte años el período de duración de este derecho intelectual (50).

En el marco de esta protección mínima, sería posible suprimir la excepción del agricultor, o restringirla de algún modo (v.gr., fijar la obligación de pagar al obtentor un precio por la reserva para uso propio). De hecho, hay países que la han suprimido o limitado. Tal es el caso de Francia, donde fue anulada sin que se haya cuestionado la compatibilidad de este régimen interno con el del Tratado de UPOV 1978, justamente porque este último solo establece una protección mínima. O el de las numerosas naciones que han regulado como oneroso el uso propio, estando adheridas a alguna versión del Convenio UPOV (51).

Nuestro país podría suprimir o limitar la excepción del agricultor (v.gr., estableciendo una obligación de pagar al obtentor un precio por el

(49) Art. 8º.

(50) Ley 20.247, art. 22 y dec. 2183/1991, art. 37.

(51) Entre otras legislaciones: Reino de España, ley 3/2000, Régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales, art. 14; Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, *Plant Varieties Act*, 1997, s. 9; República de Bolivia, Norma sobre protección de las obtenciones vegetales - RM 040 del 02/04/2001, art. 36.1; República de Eslovenia, *law 86/98, Law on plant variety protection*, art. 16.c; República de Finlandia, *The Act on Plant Breeder's Right*, 789/1992, s. 6c; República Federal de Alemania, *Federal Law on the Protection of Plant Varieties (Variety Protection Act 2001)*, s. 4.4; Unión Europea, Reglamento 2100 de 1994 relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales, art. 14.3.

uso propio), sin por esto infringir el tratado específico sobre la materia, el Convenio de UPOV 1978. Ahora bien: no puede considerarse de orden público la norma legal que consagra un derecho cuya supresión es compatible con el tratado que regula específicamente la materia. Y, como hemos visto, en el marco del Convenio de UPOV 1978 es admisible que se regule en forma onerosa la excepción del agricultor. Luego, no puede suponerse de orden público la norma que reconoce en forma gratuita la excepción del agricultor. Por cierto, mientras no se reforme la ley vigente, esa excepción es, en principio, gratuita. Pero se puede pactar que su ejercicio sea oneroso. ¿Sería válido este pacto? De acuerdo con lo expuesto, sí. O, por lo menos —para no afirmar una conclusión que vaya más allá de lo que autorizan las premisas de este razonamiento—, no sería un pacto que afectara una norma de orden público.

g) El concepto de orden público es, probablemente, uno de los más vagos del derecho. Esta vaguedad explica los numerosos supuestos cuyo encuadramiento termina siendo, aún tras un esforzado análisis, dudoso. No nos parece que sea el caso de la norma que reconoce el derecho del agricultor: creemos haber fundamentado que no es de orden público. Pero aun si no fuera este el caso, habrá que reconocer que se trata, cuanto menos, de un supuesto incierto (52). Y, ante la duda, debe interpretarse que la norma analizada no es de orden público, ya que, este concepto debe ser considerado restrictivamente. En este sentido, la más reputada doctrina ha entendido que “la apreciación del carácter de orden público debe efectuarse en cada caso particular y con criterio restrictivo, teniendo en cuenta con exclusividad, si la norma o normas aplicables al caso resultan atentatorias a los principios fundamentales del orden jurídico” (53).

V.2. ¿Es abusiva la cláusula de regalía extendida?

La admisión de que se trata de un derecho renunciante no implica aceptar como válido todo contrato por el cual se lo renuncia efectivamente. Condición indispensable para su validez es

(52) Así se reconoce en Federación Agraria Argentina, ob. cit., p. 40.

(53) BREBBIA, Roberto H., ob. cit., p. 83.

que el contrato no sea abusivo, con lo que se introduce el segundo de los interrogantes ya planteados: admitiendo que el derecho del agricultor es renunciante, ¿son válidos el contrato o la cláusula contractual que contienen esta renuncia? En particular, ¿son abusivos? Así lo ha entendido algún autor (54). Conviene recordar que la comercialización de semillas se realiza a través de contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, en los que el obtentor o un tercero autorizado asumen el rol de predisponente, mientras que el agricultor hace las veces de adherente. El predisponente es la parte fuerte de la relación contractual, y el agricultor la parte débil.

El Cód. Civ. y Com. regula en los arts. 988 y 989 las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por adhesión. El primero —que las caracteriza y sanciona— dispone lo siguiente:

“Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

“a. las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

“b. las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

“c. las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles”.

¿Encuadra la cláusula de regalía extendida en el inc. b) de la norma transcrita? Así pareciera, al menos a primera vista: implica la renuncia a un derecho por parte del adherente (el derecho del agricultor).

De todos modos, no creo que la pauta del inc. b) pueda ser aplicada mecánicamente: podría llevar a descualificaciones irrazonables. Debe aplicársela con prudencia, iluminada por

(54) En este sentido, se ha afirmado que “la pretensión de forzar el pago de un derecho que la ley no otorga, resulta ilegal (...) con esta suerte de condiciones generales, los semilleros pretenden auto otorgarse un derecho que el Estado les ha negado, valiéndose para ello de la anuencia forzada de los productores” (ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., ob. cit., ps. 1 y ss.).

lo que dispone el art. 1119 del Cód. Civ. y Com.: para que una cláusula sea abusiva no basta que se verifique la renuncia, supresión o ampliación prevista en la norma, sino que es necesario, además, que esta provoque o tenga por objeto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del adherente. Si bien esta norma está prevista para los contratos de consumo, es de provecho, por no decir indispensable, al aplicar el estándar previsto en el inciso analizado.

La clave, entonces, es si la cláusula produce un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes. La supresión de un derecho del adherente que en abstracto podría considerarse abusiva no lo es si, como contrapartida, se le amplía otro derecho a ese mismo adherente o se restringe otro derecho al predisponente. Por ejemplo, supongamos que en una compraventa se suprime una garantía (v.gr., la garantía por vicios ocultos) que la ley reconoce al adherente, pero a cambio él consigue una reducción importante en el precio de la cosa vendida, que termina fijándose muy por debajo de su valor de mercado. Planteado el caso así, en términos abstractos, no pareciera que estuviésemos frente a una cláusula abusiva: no se produce un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio del adherente.

En conclusión: no toda cláusula que contiene una renuncia o restricción a un derecho del adherente o que amplía derechos del predisponente es, solo por esto, abusiva (55). Habrá que ponderar si esa renuncia, restricción o ampliación produce un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes: si la respuesta es afirmativa, la cláusula es abusiva; en su defecto, no (56). No tendría ningún sentido privar de validez a una cláusula que no desequilibra significativamente los derechos y las obligaciones de las partes, por más que contenga una renuncia, restricción o ampliación de un derecho o una obligación.

(55) V. RIVERA, Julio C., en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) — ESPER, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, t. III, p. 466.

(56) V. *ibid.*

Ahora bien, ¿qué ocurre con el sistema de regalía extendida? ¿Es o no abusivo? No creo que el tema pueda dilucidarse en abstracto, habida cuenta de lo dicho. Habrá que analizar, en cada caso concreto, si el sistema afecta inequitativamente al productor agrícola (57). ¿Destruye la cláusula de regalía extendida el equilibrio económico que debe reinar en el contrato? ¿Puede afirmarse que se produce una ventaja o provecho económico exagerado a favor del obtentor, fundado en su poder de negociación, que desnaturaliza la relación de equivalencia y quebranta el principio de reciprocidad de intereses que debe existir en el contrato? Insisto en que esta cuestión no puede dilucidarse en abstracto. Con todo, dada la estandarización que existe en el negocio de la venta de semillas, los juicios de valor relativos a un contrato en particular resultarán aplicables, en principio, a todos los que pertenezcan a la misma categoría. Si bien en esta instancia no resulta posible concretar un examen acerca de la validez de esta cláusula, hay un factor que se destaca por sobre los demás: el precio de la regalía extendida. Tomemos, por ejemplo, el caso de la soja:

- Precio de la bolsa de semilla comprada originariamente por el productor agrícola al semillero o su distribuidor: USD 30.

- Precio de la regalía extendida por cada bolsa de semilla reservada por el productor: USD 3.

Pareciera que es casi un regalo. Pero no es así: hay que tener en cuenta que, en el primer caso, el productor no solo paga el valor de la tecnología, sino “el físico”, por así decirlo: el semillero ha producido el material (la semilla). En el segundo, en cambio, la produjo el propio agricultor. Para homogeneizar la comparación, entonces, habría que determinar qué parte de los USD 30 del precio de la compra se imputa al “físico” y qué parte a la tecnología. Si tomamos como referencia los contratos de multiplicación de semillas (por los cuales el semillero encarga a un tercero la producción de semilla de la variedad protegida), el material de reproducción ronda

(57) BUSTAMANTE, Eugenia L., ob. cit. Tomamos como referencia análoga para definir la cláusula abusiva la definición legal del art. 37, dec. 1798/1994, si bien no desconocemos que no existe una relación de consumo entre el obtentor y el productor agrícola.

los USD 25, y acaso algo más. Con lo cual no es arbitrario imputar como máximo USD 5 como valor de la tecnología.

Homogeneizada la comparación, el precio de la regalía extendida es razonable.

Lógicamente, la valoración sería muy distinta si los precios fueran otros. Volvemos al comienzo: no cabe ponderar el sistema en abstracto.

Por cierto, no pretendo reducir el cotejo al factor-precio. Hay otros. Pero solo pueden introducirse en el análisis los que forman parte del intercambio que se produce entre el obtentor y el productor agrícola a raíz del contrato; no, en cambio, aquellos otros que, si bien pueden gravitar fuertemente en el rendimiento económico de la actividad del productor, son ajenos a su relación con el obtentor (v.gr., presión tributaria, retenciones, precios de otros insumos, depreciación de la moneda, etc.), ni tampoco los factores que, aunque puedan afectar la rentabilidad de la empresa fitomejoradora, son ajenos a la relación de intercambio con el productor agrícola (v.gr., el desmesurado auge de la bolsa blanca).

Por cierto, lo referido no excluye que las modalidades concretas de celebración de cada contrato en particular puedan ser tachadas de abusivas por otras causas. En particular, se pueden considerar inválidas, y por ende abusivas, aquellas contrataciones en las que la cláusula de regalía extendida se introdujo sorpresivamente (58). En este sentido, la buena fe exige que las partes —y en particular en este tipo de contratos, el predisponente— cumplan en forma acabada su deber de información.

La cláusula también puede ser inválida por factores puramente formales. Recordemos lo que establece el art. 985 del Cód. Civ. y Com.:

(58) Con plena razón, y haciendo referencia en general a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predisuestas, se ha afirmado que se deben “evitar condiciones generales ‘sorpresivas’, exigiendo que el no predisponente las conozca de manera efectiva si se hallan en instrumento separado” (LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, t. III, p. 145).

“Requisitos. Las cláusulas generales predisuestas deben ser comprensibles y autosuficientes.

”La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible.

”Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato”.

VI. Eficacia frente a terceros

En algunas ofertas publicadas por empresas semilleras se declara que las condiciones generales de uso —que contienen, básicamente, el régimen de regalía extendida— son vinculantes para todo aquel que multiplique, utilice o siembre material de reproducción perteneciente a las variedades comprendidas en el sistema de regalía extendida. Considero que las condiciones no son aplicables a quien no contrató con el obtentor o con un distribuidor autorizado. Se oponen a esta infundada pretensión los arts. 1021 y 1022 del Cód. Civ. y Com., que consagran el efecto relativo de los contratos. En particular, carece de asidero la pretensión de aplicar a quien no ha contratado la cláusula penal prevista en un contrato que no ha celebrado. La eventual circunstancia de que haya infringido el derecho del obtentor en modo alguno justifica atropellar el principio de que los contratos no pueden obligar a terceros. En todo caso, el obtentor podrá acudir a los remedios previstos en la ley 20.247 y en el Cód. Civ. y Com.

VII. Reflexión final

En nuestro país, el régimen del derecho del obtentor se encuentra en crisis en lo que tiene que ver con su observancia. Hay variedades en las que ni siquiera el 20% de los productores agrícolas está pagando por su uso. El derecho vigente no brinda las respuestas que el sector semillero y fitomejorador necesita. Y es un fenómeno histórico inexorable que, cuando las fuentes del derecho oficialmente aceptadas no regulan en forma adecuada un determinado segmento de la vida social, la norma jurídica que se echa de menos se abre paso, expresándose a través de alguna otra fuente del derecho,

ya sea con el beneplácito del sistema de fuentes aceptado por esa sociedad, o entrando en contradicción con él. En este último caso, sobreviene un conflicto de fuentes, que más tarde o más temprano se resuelve con la no aplicación de la nueva regla jurídica, que es impugnada en su validez, o bien con su aplicación, que es legitimada —a través de diversos mecanismos, no siempre explícitos— y pasa a integrar el elenco de normas jurídicas válidas. En el segundo supuesto, el derecho en cuestión no solo experimenta un cambio normativo, sino que, además, sufre una alteración en su sistema de fuentes. Queda legitimada, entonces, una fuente que, en el futuro, puede alumbrar nuevas reglas jurídicas.

La actividad fitomejoradora, desde hace ya más de un siglo, tanto en nuestro país como en el extranjero, se desarrolla bajo la forma de una actividad profesional organizada como empresa. Es, en términos jurídicos, un típico fenómeno comercial. En la Argentina, en la encrucijada de los últimos años, este sector econó-

mico, insatisfecho con la regulación legislativa de su quehacer y, sobre todo, arrinconado por la bajísima cuota de acatamiento (59) y la casi nula cuota de aplicación (60) del régimen legal del derecho del obtentor, apostó a regular su actividad y su relación con el sector de los productores agrícolas a través de una fuente diversa a la ley estatal: el contrato. Es así que, a partir de por lo menos el año 2000, comienzan a comercializarse variedades por medio del régimen de regalía extendida. El contrato sustituye, así, a la ley, intentando dar respuestas que esta última no brinda al principal actor de la actividad fitomejoradora: el obtentor. O, si se prefiere, la empresa fitomejoradora.

(59) Cuota que expresa, en términos proporcionales, el número de veces de acatamiento sobre el total de situaciones en las que la conducta exigida debe realizarse. Véase ROBLES, Gregorio, "Sociología del Derecho", Ed. Civitas, Madrid, 1997, 2ª ed., p. 104.

(60) Cuota que expresa, en términos proporcionales, el número de veces en que, habiendo desacatamiento de la norma, se impone la sanción prevista (*ibid.*, p. 104).

Propiedad horizontal y las nuevas tecnologías: las asambleas virtuales (*)

Nelson G. A. Cossari

Sumario: I. Introducción.— II. Impacto en la propiedad horizontal.— III. Nuestra opinión: plena validez de las asambleas virtuales.— IV. Algunas adaptaciones de las asambleas frente a la virtualidad.— V. Conclusión.

I. Introducción

Es un lugar común afirmar que las grandes guerras provocan el surgimiento de nuevas tecnologías, y que luego estas son aprovechadas en tiempo de paz. A la pandemia del coronavirus COVID-19, que aún nos aqueja cuando escribimos estas líneas, puede —con las salvedades del caso— aplicarse el mismo razonamiento.

Por lo pronto, la situación que aconseja o impone —según los tiempos— el distanciamiento social ha puesto sobre la mesa una tecnología ya existente, pero que floreció de una manera inusitada ante lo inédito de la emergencia. Nos referimos, por cierto, a la posibilidad de celebrar reuniones “virtuales” con imagen y voz en forma sincrónica. Ya no entre pocos intervinientes; no solo con escritura, como en los viejos *chats*; no solo con voz y con pocos intervinientes, como en las comunicaciones telefónicas, sino de manera equivalente a las reuniones físicas.

La educación a distancia en la emergencia, por ejemplo, puso sobre el tapete que al lado de la educación presencial física nos encontramos con una educación remota, que, lejos de ser la típica —asincrónica—, se desarrolla en forma sincrónica, con lo cual la distancia en rigor no era tal. En la educación remota sincrónica los intervinientes interactúan al mismo tiempo entre sí, lo que la separa de la clásica educación a distancia —asincrónica— y se identifica más

con lo que clásicamente se denominó como presencial (1). Esta experiencia nos lleva al convencimiento de que, aunque mediados por la tecnología, lo virtual sincrónico en numerosas situaciones se identifica con lo presencial clásico, es decir, el encuentro físico. Obviamente, la reunión física también es sincrónica. De hecho, “sincrónico”, según ilustra la Real Academia de la Lengua Española, viene del latín tardío *synchronus*: “contemporáneo”, y este del griego *σύγχρονος* (*sýnchronos*), de *συν-* (*syn-*): “sin-” y *χρόνος* (*chrónos*): “tiempo”, e *-ico*; y en su primera acepción significa: “dicho de un proceso o de su efecto: que se desarrolla en perfecta correspondencia temporal con otro proceso o causa”. En suma, existe simultaneidad y, por ello, la posibilidad de que los participantes interactúen entre sí al instante, en tiempo real.

Para depurar los conceptos podemos decir que una reunión presencial puede darse físicamente, en forma virtual, o de manera híbrida o mixta, cuando parte de la concurrencia se encuentra reunida físicamente y la otra remotamente, de manera virtual. En consecuencia, tenemos: a) presencial físico; b) presencial virtual; y c) presencial híbrido o mixto. En todos los casos la reunión se realiza en forma sincrónica.

(1) Ver Tecnológico de Monterrey, “Aprendizaje sincrónico y asincrónico: definición, ventajas y desventajas”, en <https://observatorio.tec.mx/edu-news/aprendizaje-sincronico-y-asincronico-definicion> (visto el 25/06/2020).

(*) Con la colaboración de Leandro R. N. Cossari.

II. Impacto en la propiedad horizontal

II.1. Planteo

Evidentemente, la cuestión de las asambleas presenciales virtuales surge con fuerza ante la necesidad de cumplir con las pautas de distanciamiento social, pero al corto tiempo aparece la pregunta de si no se trata de una tecnología superadora para cualquier caso. Así hemos dicho, en otra oportunidad, que debe pensarse, por ejemplo, en edificios en zonas turísticas cuyos consorcistas residen en ciudades diversas: ¿no hace más a la deliberación y participación que las asambleas se realicen por estos medios electrónicos, y no físicamente? Sabemos que estas asambleas, en la hipótesis escogida, se realizan con escasa participación. Hoy podemos vernos cara a cara y escucharnos mediante una aplicación en un celular o una computadora, e incluso dialogar aparte con otro consorcista, así como permitir que se constate nuestra identidad exhibiendo nuestro documento, etcétera (2).

Por ello, adelantamos que debe buscarse una respuesta que recepte la posibilidad de la presencia virtual. Si lo deseable en una asamblea es la participación y el debate, se deben favorecer los medios que, sin atentar contra la esencia de la formación de la voluntad consorcial, permitan la más amplia concurrencia a la asamblea.

Y, por ello, soslayando la puntual situación actual, podemos imaginar una asamblea donde físicamente los integrantes están presentes (presencial física); otra donde todos se conectan en forma remota y están presentes de manera virtual (presencial virtual); y otra —quizás la más rica para favorecer la participación— donde algunos concurren materialmente y otros interactúan remotamente, pero todos presencialmente, ya sea en forma material o virtual (presencial híbrida o mixta).

II.2. Marco normativo

El Código Civil y Comercial de la Nación no tomó en cuenta las nuevas tecnologías, lo cual podría ser explicable dado que los avances en

esta materia hacen que lo que hoy parece natural hace poco más de un lustro no lo era; sin embargo —como veremos—, otros derechos positivos fueron más previsoros.

La doctrina ha definido la asamblea como “la reunión de los propietarios constituidos en cuerpo deliberante, convocada para un fin determinado” (3). Gabás la caracterizó como “el ente supremo, soberano e idóneo, apto para resolver todas las cuestiones de interés común, previa deliberación de los consorcistas, convocados a tales efectos, siguiendo pautas legales y reglamentarias, en cuanto a la convocatoria, deliberación y decisión” (4); Costantino, como “la reunión de los consorcistas, previa y regularmente citados por el órgano competente, en un lugar, día y hora determinados y para tratar un temario perfectamente establecido y preanunciado” (5).

El art. 2058, Cód. Civ. y Com., define la asamblea como “la reunión de propietarios facultada para resolver” los temas que luego desgrana en cuatro incisos. Concordantemente, el art. 2056, inc. m), establece que el reglamento debe determinar “la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación”.

Como adelantamos, el legislador no pensó ni remotamente en la posibilidad de asambleas por medios telemáticos en la propiedad horizontal; ello surge en especial del art. 2062, primera y segunda partes, Cód. Civ. y Com., que reza —en lo que nos interesa—: “Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar un libro de actas de asamblea y un libro de registro de firmas de los propietarios. Debe labrarse acta de cada asamblea en el libro respectivo, en el que los presentes deben firmar como constancia de su asistencia. Las firmas que suscriben cada asamblea deben ser cotejadas por el

(3) HIGHTON, Elena I., “Propiedad horizontal y prehorizontalidad”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 633.

(4) GABÁS, Alberto A., “Derecho práctico de propiedad horizontal”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1992, t. 1, p. 27.

(5) COSTANTINO, Juan A., “Propiedad horizontal”, Ed. Juris, Rosario, 2002, p. 169.

(2) COSSARI, Leandro R. N. — COSSARI, Nelson G. A., “Propiedad horizontal: algunas cuestiones en épocas de coronavirus y cuarentena”, LA LEY 2020-B, 482; RCCyC 2020 (mayo), 191.

administrador con las firmas originales registradas”. Por lo pronto, pareciera que es necesario que se esté presente para estampar la firma en el libro de actas; pero no solo eso, sino que debe haber un libro de registro de firmas. Este último libro implica que el administrador debe registrar las firmas originales de cada propietario de cada unidad funcional. Para ello, deberá proceder previamente a hacer que se vuelquen esas firmas en su presencia o, en su caso, que el propietario llene y suscriba la ficha de registro respectiva haciendo que su firma sea autenticada por alguna autoridad certificante y luego la remita al administrador, quien la incorporará al libro respectivo. Todo para que al firmarse el libro de asambleas el administrador coteje esas rúbricas con las insertas en el libro de registro de firmas. Esta previsión denota que el legislador solo pensó en lo presencial físico, sin vislumbrar lo virtual.

Ahora bien, tanto el libro de registro de firmas como la trabajosa compulsación posterior resultan un anacronismo sin justificación, que seguramente irá quedando en el olvido por *desuetudo*. Sobra y basta la acreditación de la identidad con el correspondiente documento de identidad.

Ante el marco normativo pueden vislumbrarse variadas posiciones sobre la posibilidad de la participación virtual en las asambleas.

II.2.a. Imposibilidad de asambleas virtuales con las normas legales vigentes

Algunos ponen el acento en la palabra “reunión” y exponen que “desde el principio de los tiempos y hasta en su raíz etimológica, refiere a un agrupamiento de personas, a una reunión materialmente hablando (más allá de las cuestiones sujetas a tratamiento), concepción receptada con acierto a partir de la unificación civil y comercial codificada.

”Y no encontrando norma alguna, que siquiera deslice la posibilidad de una reunión remota o a distancia, interpretamos que la toma de decisiones se haría únicamente en una forma ‘presencial’ [...] no cabiendo duda que, con la legislación vigente, no existe posibilidad de utilizar algún método de los denominados TIC para suplir las asambleas presenciales. Probablemente ocurra en un futuro, pero no hoy, confor-

me la ley de fondo argentina, sin hallar base en que la imposibilidad del acto jurídico presencial active o habilite una asamblea virtual con los efectos de una reunión típica” (6).

Esta postura tiene precisamente el defecto de entender que lo “presencial” en esta materia es únicamente la reunión física, cuando bien puede establecerse, modernamente, una reunión virtual que no deja en tal sentido de ser presencial (7).

II.2.b. Imposibilidad de las asambleas virtuales por falta de norma legal o, en su caso, previsión del reglamento o resolución de asamblea (física)

Costantino entiende que, ante la falta de una disposición normativa que habilite las asambleas virtuales, estas no serían válidas mientras “el reglamento de propiedad, la ley, o una resolución asamblearia presencial no admita y regule los protocolos de funcionamiento de una asamblea virtual, estableciendo plataformas, conectividad segura en todo el país, almacenamiento digital de la reunión, posibilidad de constatar titularidad dominial, o exhibición de título de propiedad, autenticidad de cartas poderes, identidad segura de los asistentes” (8).

(6) CHIESA, Federico — SEVITZ, Diana, “¿Es posible la realización de asambleas de consorcio de manera virtual?”, Hammurabi Online, <https://www.hammurabi.com.ar/chiesa-sevitz-covid-19> (visto el 01/08/2020); SEVITZ, Diana, “Asambleas de consorcio virtuales en tiempo de coronavirus”, elDial.com DC29D3.

(7) Es menester aclarar que no en todas las circunstancias de la vida lo “presencial físico” puede reemplazarse por lo “presencial virtual”. Así, p. ej., aquellos actos humanos cotidianos que exceden el elemento intelectual o verbal de la persona, como dar un abrazo, no pueden ser reemplazados por lo virtual. Sabemos que no es lo mismo ir al teatro que ver un video, o ir a un concierto, aunque la grabación suene mejor. Así como no basta, en ciertos actos, con estar “de cuerpo presente”, tampoco basta para otros con el mero encuentro virtual. El hombre no es solo cuerpo, pero también lo es.

(8) COSTANTINO, Juan A., “Asambleas remotas en la propiedad horizontal. Imposibilidad jurídica actual. Proyecciones y protocolo para su solución futura”, elDial.com DC2C0B. Admitiéndolas también en caso de previsión en el reglamento o asamblea: PASQUET, María Alejandra, “Las asambleas de consorcio de propiedad horizontal y la declaración de aislamiento social, preventivo y obligatorio. Aplicación de la normativa de la

En sentido similar, se ha entendido que son solo posibles las asambleas virtuales si han sido previstas en el reglamento (9).

Es decir, para esta posición, son solo posibles las asambleas virtuales, en ausencia de norma legal, si el reglamento lo hubiera previsto o una asamblea presencial física lo dispusiera para el futuro.

II.2.c. Posibilidad de asambleas virtuales en caso de consentimiento unánime

Otros autores, luego de argumentar que las normas de la propiedad horizontal no lo impiden, recurren al art. 158, inc. a), Cód. Civ. y Com., que para las personas jurídicas privadas prevé que en “ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas: a) si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo con el medio utilizado para comunicarse” (10).

Claro está que si hay unanimidad no hay nada que discutir, pero ya conocemos la casi imposibilidad de lograr en un consorcio más o menos numeroso el consentimiento de todos para adoptar cualquier tipo de resolución.

II.2.d. Posibilidad de asambleas virtuales, ante la emergencia, al amparo de normas análogas

Pasquet, si bien entiende que una asamblea presencial, en el sentido clásico —es decir, físi-

Inspección General de Justicia”, https://www.colabro.org.ar/contenidos/2020/04/06/Editorial_5964.php (visto el 10/06/2020).

(9) VILLANUSTRE, Cecilia A. — RODRÍGUEZ VILLANUSTRE, Eugenia C., “La propiedad horizontal y las restricciones en la pandemia de COVID-19”, LA LEY del 26/08/2020.

(10) LUKASZEWIC, Sonia, “El impacto del coronavirus en los derechos reales de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios”, LA LEY 2020-B, 503. En sentido similar, aunque sin apoyarse en el art. 158, inc. a), Cód. Civ. y Com., lo admiten para asambleas unánimes: VILLANUSTRE, Cecilia A. — RODRÍGUEZ VILLANUSTRE, Eugenia C., “La propiedad horizontal y las restricciones...”, ob. cit.

ca—, podría para el futuro disponer asambleas virtuales, razona que, ante la situación de emergencia, y siendo el consorcio una persona jurídica, puede recurrirse a la res. 11/2020 de la Inspección General de Personas Jurídicas, del 26/03/2020, que permite la celebración de reuniones de los órganos de administración y de gobierno de las sociedades a distancia, y entonces acudir a ella “para los casos que ameritan un tratamiento [...] con los recaudos y requisitos que establece la res. 11/2020 de la IGJ” (11).

En efecto, la referida resolución permite que las asociaciones civiles y los sociedades bajo su órbita celebren asambleas virtuales siempre que haya sido previsto en sus estatutos, pero en su art. 3º agrega que “durante todo el período en que por disposición del Poder Ejecutivo de la Nación, se prohíba, limite o restrinja la libre circulación de las personas en general como consecuencia del estado de emergencia sanitaria declarada por el DNU 297/2020 y sus eventuales prórrogas, se admitirán las reuniones del órgano de administración o de gobierno de sociedades, asociaciones civiles o fundaciones celebradas a distancia mediante la utilización de medios o plataformas informáticas o digitales, cuando sean celebrados con todos los recaudos previstos, según corresponda, en los arts. 1º o 2º de la presente”.

El problema de esta posición es que pasado el estado de emergencia las asambleas virtuales solo serían posibles si fueran previstas en el reglamento de propiedad horizontal o, en su caso, por una asamblea física.

II.2.e. Posibilidad de asambleas virtuales ante la emergencia para temas trascendentes

Iturbide, ante la emergencia de la pandemia, las admite, aunque solo para “asuntos impostergables o de gravedad”, respetando el quórum y las mayorías exigidas y haciendo especial —aunque no excluyente— referencia a las asambleas autoconvocadas del art. 2059, párr. 2º, Cód. Civ. y Com. (12).

(11) PASQUET, María Alejandra, “Las asambleas de consorcio de propiedad horizontal y la declaración de aislamiento social...”, ob. cit.

(12) ITURBIDE, Gabriela A., “La propiedad horizontal en tiempos de coronavirus”, LA LEY 2020-B, 493.

Es sentido similar, Sabene, ante la imposición del distanciamiento social, aconseja utilizar las asambleas virtuales, aunque no solo para asuntos impostergables, sino también para aquellos que hacen al normal desenvolvimiento del consorcio (13).

El problema de esta posición es que también parece ceñir la posibilidad de las asambleas virtuales al marco de la excepcionalidad y en situaciones que hagan realmente necesaria la reunión de la asamblea.

II.2.f. Posibilidad sin más de las asambleas virtuales

Una última posición entiende que, ante la evolución de los sistemas, existe una equivalencia entre lo presencial físico y lo presencial virtual y que las asambleas remotas son válidas aun fuera del contexto de la emergencia (14). Nosotros, como luego desarrollaremos, concordamos en general con esta doctrina.

II.3. La cuestión en otros ordenamientos jurídicos

Otros ordenamientos jurídicos prevén normas relativas a las asambleas virtuales, o las tienen proyectadas. Sin pretender agotar el tema, veremos la situación en algunos de ellos.

II.3.a. Colombia

La ley colombiana 675 de 2001 establece en el art. 42, bajo la rúbrica “Reuniones no presenciales”:

“Siempre que ello se pueda probar, habrá reunión de la asamblea general cuando por cualquier medio los propietarios de bienes privados o sus representantes o delegados puedan deliberar y decidir por comunicación simultánea o

(13) SABENE, Sebastián E., “La propiedad horizontal en tiempos de pandemia. Primeras reflexiones”, LA LEY 2020-B, 512.

(14) En tal sentido: LERMER, Martín L., “Los pros y contras de las asambleas virtuales en los consorcios de propietarios. Una mirada crítica de las críticas”, eDial.com DC2BB5; ABREUT DE BEGHER, Liliana, “El consorcio en tiempos de pandemia. La asamblea virtual”, <https://www.erreius.com/actualidad/14/civil-persona-y-patrimonio/Nota/828/el-consorcio-en-tiempos-de-pandemia-la-asamblea-virtual> (visto el 13/08/2020).

sucesiva de conformidad con el quórum requerido para el respectivo caso. En este último caso, la sucesión de comunicaciones deberá ocurrir de manera inmediata de acuerdo con el medio empleado, de lo cual dará fe el revisor fiscal de la copropiedad. Para acreditar la validez de una reunión no presencial, deberá quedar prueba inequívoca, como fax, grabación magnetofónica o similar, donde sea claro el nombre del propietario”. A su vez, el art. 44 establece: “En los casos a que se refieren los arts. 42 y 43 (15) precedentes, las decisiones adoptadas serán ineficaces cuando alguno de los propietarios no participe en la comunicación simultánea o sucesiva, o en la comunicación escrita, expresada esta última dentro del término previsto en el artículo anterior. Las actas deberán asentarse en el libro respectivo, suscribirse por el representante legal y comunicarse a los propietarios dentro de los diez [10] días siguientes a aquel en que se concluyó el acuerdo que emite la comunicación, el contenido de la misma y la hora en que lo hace, así como la correspondiente copia de la convocatoria efectuada a los copropietarios”.

II.3.b. Cataluña, España

La Ley de Propiedad Horizontal española carece de previsión. No así el Código Civil catalán, que, con la reforma del 13/05/2015, estableció el siguiente texto en el art. 553-22, bajo el título “Asistencia”, en su apart. 1º:

“El derecho de asistencia a la junta corresponde a los propietarios, los cuales asisten personalmente o por representación legal, orgánica o voluntaria, que debe acreditarse por escrito. Los estatutos pueden establecer, o la junta de propietarios puede acordar, que pueda asistirse por

(15) Art. 43, ley 675/2001: “Decisiones por comunicación escrita. Serán válidas las decisiones de la asamblea general cuando, convocada la totalidad de propietarios de unidades privadas, los deliberantes, sus representantes o delegados debidamente acreditados, expresen el sentido de su voto frente a una, o varias decisiones concretas, señalando de manera expresa el nombre del copropietario que emite la comunicación, el contenido de la misma y la fecha y hora en que se hace. En este evento la mayoría respectiva se computará sobre el total de los coeficientes que integran el edificio o conjunto. Si los propietarios hubieren expresado su voto en documentos separados, estos deberán recibirse en un término máximo de un [1] mes, contado a partir del envío acreditado de la primera comunicación”.

videoconferencia, o por otros medios telemáticos de comunicación sincrónica similares”.

Como se ve, la norma establece la posibilidad de las asambleas virtuales sincrónicas, pero requiere que el reglamento o la asamblea establezca previamente esa opción.

La falta de previsión de la Ley de Propiedad Horizontal española ha provocado amargas quejas de la doctrina, que propugna una solución similar a la catalana, lo que también ha sido propuesto por el Congreso Nacional de Colegios Profesionales de Administradores de Financas (Madrid, junio de 2018) (16).

II.3.c. Italia

Acicateados por la emergencia sanitaria, en Italia se recurrió primero por analogía a lo dispuesto en el art. 2370 reformado del Código Civil italiano para las sociedades por acciones a fin de otorgar validez a las asambleas presenciales virtuales en la propiedad horizontal. Tal norma dispone:

“El estatuto puede consentir la participación en la reunión mediante telecomunicaciones o la expresión del voto por correspondencia o por vía electrónica. Quienes voten por correspondencia o por medio electrónico se considera que intervinieron en la asamblea...” (17).

El gobierno italiano, en virtud del decreto *Io resto a casa*, informó a la población que las asambleas en la propiedad horizontal están vedadas a menos que se desarrollen con modalidad a distancia, asegurando el cumplimiento de

(16) MAGRO SERVET, Vicente, “Las juntas de propietarios tecnológicas (sobre el uso de las tecnologías en la celebración y desarrollo de una junta de propietarios)”, *Revista Derecho Inmobiliario*, nro. 71, 01/02/2019, <https://elderecho.com/las-juntas-propietarios-tecnologicas-uso-las-tecnologias-la-celebracion-desarrollo-una-junta-propietarios> (visto el 20/03/2019).

(17) Reza el art. 1170 del Código italiano: “*Lo statuto può consentire l'intervento all'assemblea mediante mezzi di telecomunicazione ovvero l'espressione del voto per corrispondenza o in via elettronica. Chi esprime il voto per corrispondenza o in via elettronica si considera intervenuto all'assemblea...*”

la normativa en materia de convocatoria y resoluciones (18).

Recientemente entró en tratamiento legislativo la propuesta de reforma al art. 66 del decreto de actuación del Código Civil, al que se le agregaría un nuevo apartado con el siguiente texto:

“Está permitida la intervención en la asamblea también mediante medios de telecomunicación que garanticen la identificación, la participación y el ejercicio de derecho de voto, sin la necesidad en cada caso que se encuentren en el mismo lugar, donde corresponda, el presidente, el secretario. De esa facultad debe darse noticia en el aviso de convocatoria. El acta también puede ser válida con la sola firma del secretario” (19).

Como puede apreciarse, de sancionarse la legislación propuesta se daría una amplia vía libre a las asambleas virtuales.

III. Nuestra opinión: plena validez de las asambleas virtuales

Estamos convencidos de que la falta de previsión en el Código argentino vigente no obedeció a una decisión —meditada o no— de excluir las asambleas virtuales, sino solo al olvido de la posibilidad de una herramienta que en ese momento no había irrumpido aún de la manera en que ha ocurrido ahora.

(18) Véase <http://www.governo.it/it/faq-iorestoacasa> (visto el 01/08/2020). La prohibición quedó luego sin efecto por el dec. leg. 33/2020 del 16 de mayo (art. 1º, apart. 10). Ver en tal sentido DI RAGO, Gianfranco, “Si riparte con la convocazione delle assemblee”, <https://www.condominioweb.com/assemblea-condominiale-in-via-telematica.17046> (visto el 30/05/2020).

(19) El texto del párrafo propuesto en el original italiano dice: “*È consentito l'intervento all'assemblea anche mediante mezzi di telecomunicazione che garantiscano l'identificazione, la partecipazione e l'esercizio del diritto di voto, senza in ogni caso la necessità che si trovino nel medesimo luogo, ove previsti, il presidente, il segretario. Di tale facoltà deve esserne data notizia nell'avviso di convocazione. Il verbale può anche essere valido con la sola firma del segretario*”. Ver DI GIOVANNI, Pietro M., “Primo via libera in Parlamento all'assemblea condominiale telematica”, <https://www.condominioweb.com/assemblea-condominiale-in-via-telematica.17046> (visto el 07/09/2020).

Deben tenerse en cuenta la finalidad de la ley y la preponderancia que cobra en la propiedad horizontal que la asamblea como órgano logre la más amplia participación de los consorcistas, y que estos deliberen y decidan por las mayorías previstas los temas que se consideran relevantes en la vida consorcial.

Por ello debe aplicarse una interpretación que permita adaptar la norma al contexto tecnológico actual, y así, expresiones como “si están presentes todos los propietarios” (art. 2059, Cód. Civ. y Com.) o “mayoría de los presentes” (art. 2060, Cód. Civ. y Com.), que hablan de “presentes”, deben entenderse en el sentido de que esa presencia no solamente puede ser física, sino también virtual, con tal de que se asegure la interrelación de los integrantes de la asamblea en tiempo real, es decir, la simultaneidad, lo “sincrónico”.

Téngase en cuenta que, conforme a la Real Academia, “presente” significa “que está delante o en presencia de alguien, o concurre con él en el mismo sitio”, pero en nuestro caso tanto la presencia como el sitio pueden ser virtuales.

En cuanto a la “reunión” mentada en el art. 2058, Cód. Civ. y Com., y que ha sido esgrimida por algunos autores como óbice para permitir las asambleas virtuales, al entender que es un requisito la presencia física en un mismo lugar (20), no creemos que ello sea así en esta materia, por cuanto la reunión se logra equivalentemente en forma virtual, y el lugar se troca de físico a virtual.

Es cierto que se ha escrito reiteradamente, en lo que se refiere al lugar de reunión, que si este está previsto en el reglamento de propiedad, en principio, y salvo circunstancias impositivas o excepcionales, allí deberá realizarse la asamblea, y que, de no existir tal previsión reglamentaria, la elección del lugar debe obedecer a la pauta de facilitar la concurrencia; asimismo, que resulta conveniente brindar condiciones mínimas de comodidad como para que la asam-

blea pueda deliberar (21); además, en ordenamientos similares se decidió que la reunión debe ser convocada en un lugar “físicamente apto para permitir la participación de todos los condominios” (22). Pero no es menos cierto que lo escrito y fallado se hizo en otro marco tecnológico, y la esencia es permitir la más cómoda y amplia participación de todos los consorcistas.

Por ello, expresamos que, aun en ausencia en la norma de una interpretación finalista, deben admitirse sin más las asambleas virtuales, salvo que sea evidente que estas tienen como objeto impedir la participación de los consorcistas, en un evidente ejercicio antifuncional del derecho, repudiado por la ley (23).

Entendemos de buen orden que el reglamento de propiedad horizontal prevea el funcionamiento de asambleas virtuales y determinados requisitos de validez, siguiendo, *mutatis mutandis*, lo previsto en la ley y en la doctrina para las asambleas presenciales físicas; pero debe tenerse en cuenta que tales precisiones en el reglamento deben ser lo suficientemente amplias como para dar cabida a las siempre cambiantes tecnologías, teniendo como norte no coartar el derecho de los consorcistas a participar. Pero reiteramos que la conveniencia de que el reglamento prevea las asambleas virtuales y establezca ciertos parámetros para llevarlas a cabo

(21) COSSARI, Nelson G. A. — LUNA, Daniel G., “Propiedad horizontal”, en BUERES, Alberto (dir.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2012, t. 9-A, p. 881.

(22) Cass. Italia n. 14461/99, <https://www.laforesta-alberici.com/contributi/l-assemblea-condominiale-telematica.html> (visto el 20/05/2020).

(23) Razonamientos similares se han vertido en otros ordenamientos jurídicos. Así, en Uruguay, donde la legislación en materia de propiedad horizontal es más antigua que la argentina, y de hecho la ley vigente ha sido fuente de nuestra derogada ley 13.512, existe doctrina *de lege lata* que admite la posibilidad de las asambleas virtuales, salvo que estuvieran expresamente prohibidas en el reglamento del edificio. Ver CLAVIJO AZPIROZ, Mariela, “Validez del voto electrónico en las asambleas de copropietarios. Asambleas virtuales o mixtas”, LL Uruguay UY/DOC/116/2020, <https://laleyuruguay.com/blogs/noticias/validez-del-voto-electronico-en-las-asambleas-de-copropietarios-asambleas-virtuales-o-mixtas> (visto el 23/08/2020).

(20) CHIESA, Federico — SEVITZ, Diana, “¿Es posible la realización de asambleas de consorcio de manera virtual?”, ob. cit.; SEVITZ, Diana, “Asambleas de consorcio virtuales en tiempo de coronavirus”, ob. cit.

no obsta a que nos pronunciemos por su validez aun en defecto de toda previsión. Nos parece por ello superior la proyectada solución italiana —que permite sin más las asambleas virtuales— a la catalana, que requiere su inclusión en el estatuto, es decir, el reglamento de la propiedad horizontal.

La equivalencia entre las asambleas presenciales físicas y las presenciales virtuales hace que en forma general pueda decirse que lo que debe asegurarse en su convocatoria, desarrollo y resolución es exactamente lo mismo que en las asambleas presenciales físicas.

¿Y si el reglamento o una asamblea prohíbe las asambleas virtuales?

En ese caso, creemos que si, en forma general o en una situación histórica concreta, como la de la pandemia que atravesamos, ello implica obstar a la deseada participación de los consorcistas a través de la asamblea, la norma no debe sostenerse ante los eventuales planteos.

Es interesante la mención que hace Abreut de Begher en el sentido de que, para la validez de la convocatoria a la asamblea virtual, esta debe realizarse por las formas usuales (24). Así, se descartan las notificaciones por otros medios, principalmente correo electrónico, de no estar ello previsto en el reglamento. Por supuesto, si puede acreditarse la efectividad de la comunicación realizada por otros medios, y con los recaudos necesarios, la asamblea deberá ser considerada válida. El juzgador también deberá considerar la proporcionalidad de los medios de notificación teniendo en cuenta la situación imperante —no es lo mismo el contexto de la pandemia que uno normal— y la trascendencia de las decisiones para las que se convocó la asamblea.

Téngase especialmente en cuenta que la reforma del art. 75, Cód. Civ. y Com., establece acerca del domicilio especial:

(24) ABREUT DE BEGHER, Liliانا, “El consorcio en tiempos de pandemia. La asamblea virtual, en tiempo de pandemia”, <https://www.erreius.com/actualidad/14/civil-persona-y-patrimonio/Nota/828/el-consorcio-en-tiempos-de-pandemia-la-asamblea-virtual> (visto el 13/08/2020).

“Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan. Pueden, además, constituir un domicilio electrónico en el que se tengan por eficaces todas las notificaciones, comunicaciones y emplazamientos que allí se dirijan”. Por su parte, el art. 2046, Cód. Civ. y Com., preceptúa en su inc. f) que el propietario está obligado a notificar fehacientemente al administrador su domicilio especial, si opta por constituir uno diferente del de la unidad funcional.

La norma es clara en cuanto a que la unidad funcional es domicilio especial, en el sentido del art. 75, Cód. Civ. y Com., y que solo por notificación fehaciente al administrador se puede lo cambiar. Ese nuevo domicilio podría ser electrónico.

La pregunta es si ahora el reglamento de propiedad horizontal puede prever la constitución en el mismo instrumento de un domicilio electrónico, o la obligación de hacerlo. La respuesta debe ser positiva y, siendo el reglamento un contrato plurilateral de organización, los consorcistas están dando su consentimiento a ese deber al suscribirlo o al incorporarse a él. Existiendo domicilio electrónico, las convocatorias a asambleas y otros actos relacionados con ellas podrán ser notificadas al correo electrónico establecido.

Sin embargo, debe advertirse que la constitución del domicilio electrónico requiere un cuidado vigilante por parte del consorcista. Y es que frecuentemente los correos no se revisan. A veces, las notificaciones a varios destinatarios son clasificadas como correo no deseado y no se advierten. En otras ocasiones, el espacio en la casilla de correo se agota, provocando que el servidor rechace el envío. Incluso, en ocasiones, desaparece el dominio de internet donde se encuentra radicada la dirección de correo.

Por último, la dicotomía entre asambleas presenciales físicas y asambleas presenciales virtuales no debe hacer olvidar la asamblea denominada “mixta” o “híbrida”. Esta última, donde parte de sus integrantes se reúnen en forma física y otros de manera virtual, es quizás la más conveniente, dado que garantiza la posibilidad de la participación de todos. Así, quienes están

cerca o se sienten más cómodos concurriendo a un lugar material pueden hacerlo, mientras otros pueden participar a distancia mediante una conexión remota. Por supuesto, eso requiere una tecnología un poco más afinada en cuanto a equipamiento, pero de hecho esta ya existe y puede accederse a ella, y es de vaticinar que los costos del *hardware* bajarán significativamente, como siempre ocurre, por lo que postulamos su superioridad, de ser posible.

IV. Algunas adaptaciones de las asambleas frente a la virtualidad

Ante una asamblea virtual o una híbrida puede vislumbrarse, muy sucintamente, que deben tenerse en cuenta los siguientes aspectos.

IV.1. Formalidades de la citación

El art. 2056, inc. m), Cód. Civ. y Com., señala que el reglamento debe contener la forma de notificación del llamado a asamblea. Ya vimos el tema del domicilio especial, que puede ser electrónico. En consecuencia, la citación debe hacerse al domicilio especial y, de ser este electrónico, deberá cursarse al correo electrónico correspondiente a aquel.

Puede sostenerse que, si se utiliza un medio no previsto en el reglamento de notificación, pero que es igualmente fehaciente, no cabe sostener la nulidad, por cuanto la notificación ha cumplimentado su objeto. De lo que se trata es, precisamente, de que el medio de notificación al que se recurra sea fehaciente, permitiendo al consorcista conocer fecha, hora, lugar, clase de asamblea y orden del día.

La notificación no será inválida si, a pesar de no haber sido efectuada del modo que dispone el reglamento, ha cumplido su cometido de poner en conocimiento del consorcista la realización de la asamblea (25) con el contenido mínimo que debe tener. La concurrencia a la asamblea del consorcista convocado en forma defectuosa, o incluso no citado, sin cues-

(25) HIGHTON, Elena I., "Propiedad horizontal y prehorizontalidad", ob. cit., p. 636.

tionar la forma o modo de la convocatoria, la convalida (26).

IV.2. Contenido de la convocatoria

La doctrina ha establecido que la convocatoria debe tener un contenido mínimo, más allá de lo que establezcan las cláusulas del reglamento. En tal sentido, se ha dicho que debe especificarse en la convocatoria, como mínimo, lo siguiente: 1) carácter de la asamblea (ordinaria o extraordinaria) (27); 2) especificación de fecha, hora y lugar de reunión, y 3) determinación del orden del día.

La determinación del orden del día hoy se encuentra expresamente mandada en el art. 2059, Cód. Civ. y Com.

En cuanto a la hora, es lógico exigir un criterio de razonabilidad en su elección, desechando horarios no habituales y prefiriendo aquellos que faciliten la concurrencia de los consorcistas, por no coincidir con los de trabajo de la generalidad de ellos.

En cuanto al lugar, de tratarse de una asamblea exclusivamente virtual, deberá establecerse la plataforma a utilizar —si no estuviera prevista en el reglamento o aquella ya hubiera desaparecido o hubiere sido ostensiblemente superada—, con el correspondiente instructivo para ello. Debe haber una antelación suficiente en la notificación para que el consorcista pueda prever todo lo necesario para la conexión. De ser una asamblea híbrida, deberán también cumplirse los clásicos recaudos acerca del lugar físico de celebración.

IV.3. Concurrencia

Aun por medios remotos, los concurrentes a la asamblea en forma virtual deberán acreditar su identidad por medio de la exhibición del documento de identidad respectivo y, en su caso, su legitimación para intervenir, con la presentación virtual de los instrumentos que lo acrediten; también puede preverse que estos deben

(26) KIPER, Claudio, "Tratado de derecho civil", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, t. I, p. 655.

(27) HIGHTON, Elena I., "Propiedad horizontal y prehorizontalidad", ob. cit., p. 635.

ser remitidos con cierta antelación en forma electrónica.

IV.4. Deliberación

La deliberación en asamblea es un elemento esencial. La plataforma digital que se utilice debe permitir la posibilidad de intercambio de opiniones en forma fluida y libre por parte de los integrantes de la asamblea, sin perjuicio del orden debido.

IV.5. Resoluciones

La plataforma debe también permitir constatar la emisión de un voto por cada uno de los integrantes de la asamblea. El art. 2062, Cód. Civ. y Com., establece que las actas deben ser labradas por un secretario elegido por los propietarios y que este consignará un sucinto relato de lo deliberado y transcribirá las resoluciones adoptadas o, en su caso, las propuestas efectuadas por la mayoría. Y, por último, que las actas serán firmadas por el presidente y dos consorcistas.

Si dejamos de lado la técnica de estampar la firma digital en el acta que elabore el secretario,

o su posterior firma en otro momento, o la posibilidad, en las asambleas híbridas, de que las actas sean suscriptas por los consorcistas presentes, la grabación de las reuniones permite asegurar la fidelidad de lo debatido y resuelto, de manera que luego no pueda ello impugnarse. Tampoco resulta desencaminado que el secretario haga al final del debate y de la votación un sucinto resumen verbal de lo discutido y resuelto, para luego transcribirlo en el libro de actas.

V. Conclusión

En suma, las reuniones presenciales virtuales han venido para quedarse en muchos ámbitos. Incluso, en numerosas ocasiones, ellas permiten una mayor participación. Corresponde a la doctrina y a la jurisprudencia ir puliendo las aristas para que los instrumentos a disposición sirvan para cumplir la finalidad querida por la ley al instituir determinado mecanismo, como en nuestro caso las asambleas en la propiedad horizontal. Por su parte, un legislador debidamente ilustrado deberá propender a suministrar un marco normativo lo suficientemente amplio y dinámico que permita adaptarse a las nuevas realidades.

La influencia de las nuevas tecnologías con relación a dos temas de derecho sucesorio

Lidia B. Hernández

Sumario: I. Introducción.— II. La capacidad para suceder y la incorporación de las personas nacidas después de la muerte por técnicas de reproducción asistida.— III. La forma de los testamentos y las nuevas tecnologías.

I. Introducción

Dos temas relacionados con las nuevas tecnologías, impensadas en la época del Código Civil de Vélez, serán motivo de este trabajo. El primero ya ha sido incorporado a nuestro derecho positivo a partir del Código Civil y Comercial, a pesar de que todavía no se han sancionado las leyes especiales prometidas que podrían superar las dudas que actualmente se les presentan a los intérpretes.

El otro tema es solamente un punto de partida para empezar a pensar sobre la conveniencia de incorporar nuevas formas testamentarias, sea el llamado testamento electrónico, posible por la incorporación en las legislaciones de la regulación de la firma digital, o el testamento mediante video digital.

II. La capacidad para suceder y la incorporación de las personas nacidas después de la muerte por técnicas de reproducción asistida

II.1. Las técnicas de reproducción humana asistida

A pesar de que las técnicas de reproducción asistida ya llevan muchos años y podemos encontrar diversas opiniones de juristas con respecto al impacto sobre la regulación de la filiación, lo cierto es que recién hace cinco años, cuando se sancionó el Código Civil y Comercial, las consecuencias de dichos adelantos científicos en cuanto a la reproducción humana han

sido incorporadas a la legislación argentina de manera sistemática.

No cabe duda de que, en la época en que se sancionó el Código de Vélez, no habían sido desarrolladas dichas técnicas y, por ende, no se incorporaron esos adelantos científicos. Tampoco lo hicieron las sucesivas leyes de reformas parciales, y aun en los años de la sanción de la ley 23.264 la doctrina argentina estaba dividida, y hasta podríamos decir que todavía faltaba consenso respecto de cómo legislar la influencia de las técnicas de reproducción humana asistida en materia filiatoria.

De todas maneras, partiré en el análisis del vigente Código Civil y Comercial y, en lo que sea necesario, haré una comparación con el Proyecto de Código Civil y Comercial redactado por la Comisión de Reformas designada por dec. 191/2011, marcando las principales diferencias.

Para mejor entender las repercusiones de las modificaciones en materia de filiación con relación al régimen sucesorio me referiré brevemente a aquella, para por último referirme a la capacidad para suceder.

El art. 558 del Cód. Civ. y Com. establece que la filiación puede tener lugar por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción humana asistida, y a todas ellas les otorga los mismos efectos, sean matrimoniales o extramatrimoniales. También dispone —siguiendo a la mayoría de la doctrina— la necesidad fundamental del

consentimiento informado, y que este debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones, y es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella.

Asimismo, el art. 562 dispone sobre la relación filiatoria y considera que el hijo nacido de una mujer mediante estas técnicas de reproducción es también hijo del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del art. 560, con independencia de quién haya aportado los gametos.

A su vez, el art. 575, cuando se refiere a la determinación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, establece que cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros no se genera vínculo jurídico alguno con estos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los términos de la adopción plena.

Comparando estas disposiciones con las del Proyecto de la Comisión de Reformas designada por dec. 191/2011, se advierten como principales diferencias: la eliminación de la gestación por sustitución que el citado Proyecto legislaba en el art. 562, y también la exclusión del art. 563 del Proyecto, que trataba de la filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana. Decía la norma: “En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción, o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) que la persona consiente en el documento previsto en el art. 560 o en su testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción de la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

También es importante la diferencia del art. 19 del Cód. Civ. y Com. con el propuesto por la Comisión. Dice el actual: “*Comienzo de la*

existencia. La existencia de la persona humana comienza con la concepción”. El propuesto dice: “*Comienzo de la existencia*. La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”.

Aun cuando el legislador del Código Civil y Comercial ha prometido leyes especiales, todavía no se han sancionado.

Veremos en un apartado posterior la importancia de esas diferencias a los fines de la interpretación de art. 2279 del Cód. Civ. y Com.

II.2. La capacidad para suceder. Principios generales

La capacidad para suceder es la aptitud legal para recibir por transmisión *mortis causa* (1). En el mismo sentido, se la ha definido como la aptitud que posee aquel que tiene vocación y delación hereditarias para adquirir la herencia (2).

Se trata de una capacidad de derecho, ya que las aptitudes de las que habla el art. 2279 se refieren a la titularidad de los derechos sucesorios, y no a su ejercicio.

De allí que se haya considerado que la capacidad para suceder es un presupuesto para que funcionen la vocación sucesoria y la delación, es decir, la facultad para ejercer el derecho de opción entre la aceptación y la renuncia a la herencia.

Como se ha advertido, el tema referido a la capacidad sucesoria perdió prácticamente toda vigencia, dado que han desaparecido en las legislaciones actuales las incapacidades que otrora se conocieron, tales como la de los esclavos, los muertos civiles, la de los extranjeros o, más

(1) MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones”, 2ª ed. actualizada por Lidia Hernández y Luis Ugarte, Ed. AbeledoPerrot, t. I, p. 115.

(2) PÉREZ LASALA, José L., “Tratado de las sucesiones”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe — Buenos Aires, 2014, t. I, nro. 64.

recientemente, las fundadas en motivaciones raciales o religiosas (3).

Así como no puede confundírsela con la vocación sucesoria, tampoco se identifica la capacidad requerida para recibir una sucesión con la que se exige para aceptarla o repudiarla.

El Código Civil y Comercial, vigente a partir del 01/08/2015, ha suprimido el principio general de capacidad para heredar que establecía el art. 3288 del Cód. Civil en el sentido de que “toda persona visible o jurídica, a menos de una disposición contraria de la ley, goza de la capacidad de suceder o de recibir una sucesión”.

En el art. 2279, diferenciándose de la legislación anterior, dispone que pueden suceder al causante: a) las personas humanas existentes al momento de su muerte; b) las concebidas en ese momento que nazcan con vida; c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561; d) las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas en su testamento.

Se advierte fácilmente que el nuevo Código ha variado la forma de legislar la capacidad, y así, derogando el principio, ha establecido los casos particulares, enumerando a quienes tienen capacidad para suceder; pero lo ha efectuado estableciendo supuestos amplios, lo que permite concluir en la vigencia de aquel principio general sobre la capacidad de toda persona salvo una expresa excepción legal.

En efecto, debe recordarse que nos encontramos frente a temas de capacidad, por lo que las incapacidades son de interpretación restringida. En otras palabras, aun cuando se ha excluido la norma general, el resultado es el mismo por la forma en que deben interpretarse las incapacidades para suceder.

De allí que no existan incapacidades absolutas para suceder y las incapacidades solo se manifiesten como meras prohibiciones en materia sucesoria.

(3) MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones”, ob. cit., p. 115.

El art. 3287 del Cód. Civil establecía que la capacidad para adquirir una sucesión debía tenerse al momento en que la sucesión se defería. Se diferenciaba del sistema romano, en el cual la capacidad debía existir en tres épocas (*tria tempora*): en la del testamento, en la de la muerte y en la de la adición de la herencia.

El principio sentado en el Código Civil tenía su excepción en el art. 3735, concordantemente con lo establecido en el art. 47, y en el art. 1806 se autoriza a recibir por testamento a las corporaciones que no tengan el carácter de personas jurídicas, cuando la sucesión que se les defiera o el legado que se haga sea con el fin de fundarlas y requerir después la competente autorización.

Aun cuando el Código actual no ha establecido en forma precisa el momento de la capacidad requerida para suceder, no cabe duda acerca de que de los arts. 2277 y 2279 surge que la muerte del causante marca el momento de la existencia de la capacidad requerida por la ley para sucederlo.

Hemos visto que se ha definido la capacidad para suceder en la aptitud de investir *mortis causa* las relaciones jurídicas que tuvieron por sujeto al causante (4). La vocación sucesoria, en cambio, puede caracterizarse como el llamamiento a esa adquisición. Por ello, al distinguirlas, la doctrina ha afirmado que la incapacidad es el presupuesto subjetivo de la vocación (5).

En este aspecto se ha sostenido que el llamamiento presupone necesariamente como sustento previo la capacidad del llamado.

No obstante, nosotros coincidimos con Zannoni, en el sentido de que la capacidad no es un presupuesto de la vocación, sino una condición de eficacia de ella. Así, como condición de eficacia, el llamado en razón de su incapacidad no puede eficazmente adquirir la herencia que se le defiere.

(4) ZANNONI, Eduardo, “Derecho de las sucesiones”, 4ª ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 153; BORDA, “Sucesiones”, t. I, nro. 68.

(5) PÉREZ LASALA, “Derecho de sucesiones”, t. I, p. 321, nro. 229.

La vocación se distingue también de la capacidad en que implica un llamamiento a una sucesión determinada en función de la relación de parentesco, de un vínculo conyugal o mediante un testamento, que cobrará eficacia en el momento de la muerte del causante y en virtud de la capacidad para suceder, que —como analizáramos— resulta como principio general, salvo expresa prohibición legal.

Por ello, cuando la ley establece los llamamientos en la sucesión legítima, sería contradictorio que pueda hablarse de incapacidad. Pero en el caso de la sucesión testamentaria el testador puede haber instituido como sucesor a quien la ley prohíbe recibir, y en tal caso la institución será inválida. Se trata de la ineficacia de la vocación por una prohibición legal, que algunos autores consideran incapacidad.

También la vocación puede resolverse, como en el supuesto de una institución del sucesor sujeta a condición resolutoria o, en los casos que veremos, en razón de la declaración de indignidad.

Se distinguen también los casos de exclusión de la vocación expresamente previstos en la ley, como en la desheredación —actualmente no prevista en el nuevo Código—, o el caso del divorciado, por ejemplo, en los cuales existe ausencia de vocación al momento de la apertura de la sucesión.

El Código Civil y Comercial no ha reiterado lo dispuesto en el art. 3286 del Cód. Civil en el sentido de que la capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión. Debemos recordar que la doctrina señalaba la diferencia de soluciones, pues —como se recordará— el art. 3284 mentaba que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el causante tenía a su muerte. Aun cuando existieron diversas interpretaciones para explicar esas diferencias, principalmente la distinción entre capacidad para suceder y vocación (6), se propiciaba una solución uniforme.

(6) FORNIELES, Salvador, “Tratado de las sucesiones”, t. I, nro. 57, p. 112, MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones”, ob. cit., p. 120; ZANNONI, Eduardo, “Derecho

Así cabe entenderlo, pues el nuevo Código no ha reproducido el art. 3286, por lo que actualmente tanto la vocación sucesoria como la capacidad para suceder se rigen por una única ley. El art. 2644 incluye a la capacidad para suceder, por lo que esta se regirá por la ley del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento.

II.3. La capacidad para suceder en el Código Civil y Comercial. El principio sucesorio: la transmisión se produce en el mismo momento de la muerte del causante

Como hemos visto, el Código Civil y Comercial enumera quiénes son capaces de suceder, sin prever una norma general sobre la capacidad, aunque el art. 22, refiriéndose a la capacidad de derecho, resulta aplicable y expresamente dice: “Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos o actos jurídicos determinados”.

El art. 2279 reitera un principio propio del derecho sucesorio en el sentido de que la muerte y la apertura y la transmisión se producen en el mismo momento de la muerte del causante; de allí que la sucesión implica que el sucesor sea una persona existente o concebida, si nace con vida, al producirse la muerte. De la misma manera, ese principio se encuentra en el art. 2518 respecto de la sucesión testamentaria, al establecer que la institución de heredero o legatario caduca cuando el instituido muere antes que el testador o antes del cumplimiento de la condición. Aunque debe tenerse en cuenta el derecho de representación en las condiciones establecidas en el art. 2429, segundo párrafo, que lo prevé en las sucesiones testamentarias.

En consecuencia, y siguiendo esos principios, el inc. a) prevé, entre las personas que pueden suceder, a las “Personas humanas existentes a la muerte del causante”.

Este inciso del art. 2279 no ofrece lugar a dudas, pues todas las personas existentes al mo-

de las sucesiones”, ob. cit., p. 176. Para estos autores, como ambos artículos reconocen como fuente a Savigny, el art. 3283 interesaba a la vocación sucesoria, mientras que el art. 3286, a la capacidad para suceder.

mento de la muerte del autor de la sucesión —sean capaces, incapaces o con discapacidades— pueden suceder.

Se trata de personas ya nacidas en el momento de la muerte, pues a las concebidas la norma las enumera por separado en el inc. b).

Dispone el art. 2279, inc. b), que pueden suceder al causante las personas concebidas en el momento de la muerte que nazcan con vida.

Entonces, el hijo concebido es capaz de suceder. El art. 3290 se refería a que el que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión no puede sucederle. El que, estando concebido, naciere muerto, tampoco puede sucederle.

Como se puede ver, en ninguna de las dos hipótesis se hallaba en juego un problema de capacidad. En ambas correspondía hablar de inexistencia del sujeto, ya que quien no está engendrado no es persona, y mal puede, por lo tanto, adjudicársele incapacidad. De la misma forma, los concebidos son plenamente capaces siempre que nazcan vivos, ya que la muerte producida antes de estar completamente separados del seno materno, obrando como condición resolutoria, hará que se los considere como si nunca hubieren existido (art. 21, Cód. Civ. Com.).

Con referencia a la razón de este requisito, se ha dicho que como la sucesión se defiende en el instante mismo de la muerte del causante, es en ese momento que se debe encontrar quien tenga personalidad física, aunque sea en estado embrionario. No obstante, para otros, se trataría de una proposición derivada de meras razones históricas y que no responde a principios racionales (7).

El inc. d) dispone que pueden suceder las personas jurídicas existentes al tiempo de la muerte del causante y las fundaciones creadas por su testamento.

(7) MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones”, ob. cit., p. 117. POLACCO, Vittorio, “De las sucesiones”, trad. de Sentís Melendo con referencia al anterior Código italiano, y PLANIOL, Marcel, “Traité élémentaire de droit civil”, t. III, París, 1905, p. 318, con análisis histórico de la evolución de la jurisprudencia francesa.

Dos son los supuestos previstos en la norma. El primero puede ser incluido dentro del principio general de que toda persona existente, sea física o jurídica, al momento de la muerte del causante es capaz, salvo expresa prohibición legal.

El segundo constituye una excepción a ese principio, pues en el caso de las fundaciones pueden suceder aun cuando no existan al momento de la muerte, pero siempre que hayan sido creadas por el testamento del causante.

De acuerdo con el art. 193, las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, y agrega en su último párrafo que si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad, en coincidencia con el inc. d) del art. 2279, pues aun cuando no pueda identificarse al acto de última voluntad, concepto más amplio, con el testamento, lo cierto es que el supuesto se ha utilizado como un sinónimo, y está referido al testamento.

II.4. Personas nacidas después la muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida

De acuerdo con el art. 2279, inc. c), pueden suceder al causante las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 561.

A primera vista se advierte que se trata de la segunda excepción al principio mencionado en cuanto a que la persona debe existir o estar concebida al momento de la muerte, pues la norma se refiere a personas nacidas después de la muerte del causante en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.

El contenido de este inciso ha originado divergencias en la doctrina.

En primer lugar, debemos destacar que esta materia ha sufrido modificaciones en los distintos proyectos del Código Civil y Comercial unificado hasta llegar al actual texto del artículo que comentamos.

En este sentido, el Proyecto de 1998, en el art. 2229, inc. c), se refería a las personas que

pueden suceder y decía: “Las que nazcan dentro de los 480 días de la muerte del causante a consecuencia de una procreación medicamente asistida con gametos crioconservados del causante, o de la crioconservación de un embrión formado con gametos de aquel, sean estas prácticas lícitas o no. En ambos casos, el nacimiento con vida ocasiona la modificación de la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo al momento de la muerte”.

Posteriormente, el Proyecto original del Código Civil y Comercial vigente estableció: “Pueden suceder al causante [...] c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción asistida con los requisitos previstos en el art. 563”. Esta disposición se refería a las técnicas de reproducción *post mortem*. Disponía: “En caso de muerte del o de la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento. No rige lo dispuesto en el párrafo anterior si se cumple con los siguientes requisitos: a) La persona consiente en el documento previsto en el art. 560 [consentimiento informado] o en su testamento que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento; b) la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella se produce dentro del año siguiente al deceso”.

A su vez, el art. 19 establecía: “la existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que provea la ley especial para la protección del embrión implantado”.

Con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo y la Comisión Legislativa formada al efecto, el Código Civil y Comercial vigente otorga capacidad para heredar a las personas nacidas después de la muerte del causante por técnicas de reproducción asistida y remite a los requisitos del art. 561.

En este aspecto, cabe señalar que el contenido del art. 563 referido a las técnicas de reproduc-

ción *post mortem* se ha omitido actualmente en el Código, y de allí la remisión al art. 561, referido a los requisitos del consentimiento informado.

Por último, y para entender mejor las discordancias en la interpretación del art. 2279, inc. c), el art. 19 del nuevo Código se ha corregido y simplemente dice, como lo hacía el Código de Vélez: “la existencia de la persona comienza con la concepción”. Se eliminó la última parte referida a la implantación del embrión en la mujer.

Ello así, no cabe duda de que el Proyecto original resultaba mucho más explícito y, por ende, de mayor claridad en cuanto a su interpretación.

La discordancia se advierte en la repuesta a la que se arrije respecto de la situación del embrión no implantado y, por ende, de las consecuencias en cuanto a la capacidad para suceder.

Una primera posición distingue la utilización de gametos y la transferencia de embriones. Así, se dice: “Cuando fallece un hombre sin que se hayan utilizado todavía sus gametos, solo quedan estos congelados, en los cuales no existe vida humana. Por el contrario, si fallece después que los médicos especialistas han aplicado la técnica de la fecundación *in vitro* logrando la fusión del espermatozoide con el óvulo y antes de la implantación en el útero de la mujer del embrión así formado, la situación es distinta: ya tenemos un nuevo ser humano, creado en el probeta de laboratorio, con su dotación genética apta para desarrollarse [...]; prohibir la transferencia e implantación de una criatura ya concebida *in vitro* en vida de su padre, es impedir arbitrariamente que este nuevo ser humano ya existente continúe su evolución y se desarrolle hasta nacer, respetando su derecho a la vida, su derecho a tener una filiación paterna y sus derechos patrimoniales, como el derecho de suceder a su progenitor...” Se concluye que, de producirse el fallecimiento del marido o compañero, la madre debe tener derecho a obtener la implantación sin necesidad de que el causante haya dejado escrita formalmente la renovación de su consentimiento, pues cabe presumir la conformidad del hombre para la transferencia *post mortem*. Además, estando ya concebido el embrión al momento de fallecer su progenitor, juega su derecho a la vida, y si nace con vida

tendrá filiación paterna y heredará a su padre, cualquiera sea la época en que se haya transferido e implantado en el útero de la mujer, pues el Código Civil y Comercial ya no contiene la norma del Proyecto que fijaba el plazo de un año desde el fallecimiento para que la mujer concretara la implantación (art. 563) **(8)**.

Otros autores difieren respecto al estatus del embrión no implantado. En este sentido, consideran que, al igual que lo decía expresamente el art. 19 del Proyecto de 2012, su existencia como persona comienza con la implantación del embrión en la mujer.

Por consiguiente, la mujer no podrá utilizar el semen ni implantarse el embrión cuando el progenitor fallece antes de renovar el consentimiento. En este sentido se cita el fallo de la Corte Internacional de Derechos Humanos dictado el 28/11/2012 en el caso “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, en el cual se consideró, entre otros fundamentos, que el embrión no implantado no es persona y que la concepción tiene lugar con la implantación del embrión en el útero, por lo cual no le resultaba aplicable el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos **(9)**.

Para esta posición, debe partirse del concepto de concepción, lo que implica anidación, pues deben diferenciarse dos etapas fundamentales en el proceso biológico: la fertilización y la implantación, la cual se produce después de que el óvulo fertilizado se ha movido hacia el interior del vientre materno, por lo cual se considera que el proceso de implantación (anidación) toma unos días.

Se cita, además, la ley 26.862, así como su decreto reglamentario, que regulan la cobertura médica en los casos de técnicas de reproducción humana asistida y utilizan la palabra “implantación” refiriéndose a estos casos; su art. 7º dice: “El consentimiento es revocable hasta an-

(8) FERRER, Francisco A. M., “Personas que pueden suceder al causante”, LL AR/DOC/685/2015; LA LEY del 13/03/2015.

(9) Véase análisis del fallo en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) y otros, “Tratado de derecho de familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, t. II, p. 558.

tes de producirse la implantación del embrión en la mujer” **(10)**.

Coincidimos con esta última posición. No obstante, ello no significa para nosotros disminuir la importancia del embrión no implantado, que, como potencial humano, debe ser protegido. En este aspecto, creemos que clarifica la cuestión la pertinente observación de Salvador D. Bergel. Dice este destacado autor: “el distinto tratamiento jurídico del embrión implantado con relación al que no está obedece a razones que no se pueden desconocer. Permitir —agrega— que el debate en torno a su condición jurídica se limite en todos los casos a considerar al embrión, sin más precisiones, implica adoptar una postura sectaria *ab initio*, ya que, resulta más fácil y menos cuestionable asignar al embrión la categoría de persona, lo que lleva a descartar toda investigación y toda intervención sobre las etapas primarias del desarrollo humano” **(11)**.

Citando a Juliana González Valenzuela, señala que un cambio indudable esencial es el que implica el pase del estado preimplantatorio del embrión a su implantación en el seno materno. Antes de este momento, el embrión es ciertamente separado, existe en sí, no ha comenzado para él ese hecho medular de su literal incorporación al otro, el útero materno; allí comienza su constitutiva condición de ser —en relación—, rasgo humanizante de la vida.

Agrega que en una posición de principio —respondiendo a estos cuestionamientos—, la persona humana no admitiría ser crioconservada, ni ser elegida para su implante o ser desechada para igual fin ni ser admitida para ningún tipo de investigación que implique manipularla.

(10) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (dir.) y otros, “Tratado de derecho de familia”, ob. cit., t. II, ps. 431 y ss. Para el desarrollo de esta posición puede consultarse también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros, “El embrión no implantado. Proyecto de Código Unificado. Coincidencia de la solución con la de los países de tradición común”, LA LEY del 10/07/2012. Véase nuestra posición en HERNÁNDEZ — UGARTE, “Tratado de las sucesiones”, Ed. AbeledoPerrot, 2020, t. I, ps. 208 y ss.

(11) BERGEL, Salvador D., “Células madre y libertad de investigación”, *Revista Bioética*, nro. 1, vol. 17, Ed. Consejo Federal de Medicina, Brasilia, 2009, p. 13.

Concluye Bergel que sostener la diferenciación del embrión no implantado no significa que sea una cosa, sin más adjetivos. Tal vez encontrar una salida a este interrogante nos lleve a poner en tela de juicio la distinción binaria entre persona y cosa; y encuentra una posible salida en el art. 17, actual Cód. Civ. y Com. **(12)**.

Asimismo, la remisión que se hace en el inc. c) al art. 561 también ha merecido distintas posiciones doctrinarias, debiendo tenerse en cuenta especialmente que el Proyecto original remitía al art. 563, que ya hemos mencionado en este trabajo, y que introducía la sucesión *post mortem*.

Cabe preguntarse en este tema qué alcance tiene la remisión al art. 561, que se refiere a los requisitos del consentimiento para someterse a las técnicas de reproducción humana asistida. Las respuestas no son uniformes, pues Azpiri sostiene que, al haberse eliminado la posibilidad de aplicar las técnicas hasta después de un año de fallecido, como lo admitía el art. 563, no puede darse el caso de que una persona humana que al tiempo de la muerte no hubiera estado concebida tenga capacidad para suceder **(13)**. Aunque en una nueva obra agrega que podría llegar a sostenerse que la fecundación *post mortem* no ha sido prohibida y que el consentimiento de los interesados podría prever expresamente que el embrión crioconservado se implantara luego del fallecimiento y naciera pretendiendo derechos sucesorios **(14)**.

En el mismo sentido se pronuncian Lloveras, Orlandi y Faraoni, y dicen que los derechos sucesorios solo nacen si el causante prestó su consentimiento y el hijo lo hereda si ha sido concebido antes de su muerte **(15)**.

(12) BERGEL, Salvador D., “El proyectado art. 19 del Código Civil. Comienzo de la existencia de la persona humana”, LL AR/DOC/4555/2012; LA LEY 2012-E-1350.

(13) AZPIRI, Jorge O., “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho sucesorio”, Ed. Hammurabi, 2015, p. 37.

(14) AZPIRI, Jorge O., “Derecho sucesorio”, 5ª ed., Ed. Hammurabi, 2017, p. 45.

(15) LLOVERAS, Nora — ORLANDI, Olga — FARAONI, Martín, “Comentarios a los arts. 2277 a 2531”, en *Código Civil y Comercial comentado*, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. VI, p. 8.

Por otro lado, siguen sosteniendo que la implantación puede ser después del fallecimiento del causante, siempre que este haya consentido en vida la técnica de reproducción en los términos del art. 561 y acreditado la voluntad procreacional mediante la documentación pertinente. En tal caso, Medina establece como requisito que el niño debe nacer en el plazo de diez meses desde el fallecimiento del causante **(16)**.

Así también lo entiende Famá, pero —a diferencia de Medina— considera que la cuestión deberá ser dirimida ante el juez, quien resolverá acerca de la existencia del vínculo filial y, por ende, de la capacidad para suceder **(17)**.

Entiendo que hasta que legislativamente no se incorpore la técnica de reproducción humana asistida *post mortem*, no puede considerarse que se aplicará cuando haya consentimiento de ambas partes, pues, a falta de plazos máximos para realizarla, se aducen plazos arbitrarios de interpretación doctrinaria o se dejan librados a la interpretación judicial, con la consiguiente inseguridad en una materia como el vínculo filiatorio.

No se nos escapa que el jurista debe adaptarse a esta realidad propia de las técnicas de reproducción humana asistida, y en una futura ley deberá regularse la reproducción *post mortem* cuando existe la voluntad procreacional del causante **(18)**.

No obstante, interpretando el Código vigente, comparto la posición que sostiene que la implantación en la mujer debe haberse realizado antes de la muerte, por lo que, aun cuando el niño nazca después de ese hecho fatal, tendrá capacidad para suceder.

(16) MEDINA, Graciela, “Comentario al art. 2279”, en MEDINA, Graciela — RIVERA, Julio C., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. La Ley, 2015, t. VI, p. 13.

(17) FAMÁ, María Victoria, “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”, Ed. La Ley, 2017, t. I, p. 280.

(18) Véanse los proyectos de ley sobre fertilización *post mortem* presentados por Cristina Álvarez Rodríguez y otros, y en materia de gestación por sustitución, el de la diputada Gabriela Estévez y Mónica Macha.

En general, la jurisprudencia ha aceptado estas técnicas de reproducción humana asistida *post mortem* en distintos casos, aceptando la utilización de semen criopreservado (19), de gametos del fallecido o de embriones formados con el consentimiento del marido fallecido (20), fundándose en el principio de legalidad del art. 19, la garantía de acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida (ley 26.862) y la aplicación del fallo “Artavia Murillo”. Asimismo, se rechazó el pedido de autorización para la implantación *post mortem* por no contarse con el debido consentimiento informado, pero reconociendo posibilidad filiatoria *post mortem* a pesar del vacío legal (21).

III. La forma de los testamentos y las nuevas tecnologías

III.1. Introducción. Formas y formalidades testamentarias

El testamento es un acto jurídico formal y solemne (arts. 3607 y 3632, Cód. Civil; art. 2462, Cód. Civ. y Com.), es decir, que requiere para su validez la observancia de las regulaciones sobre forma.

El art. 973, Cód. Civil, disponía que la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico.

En nuestro derecho, el testamento es un acto escrito, por lo que un testamento verbal o nuncupativo carecería de existencia, aunque en otros países sea admitido.

El art. 2473, Cód. Civ. y Com., enuncia que el testamento puede otorgarse solo en alguna de las formas previstas en el Código. Es por ello que

(19) Trib. Familia Morón N° 3, 21/11/2011, “G. A. P. s/ autorización”, AP AP/JUR/289/2011.

(20) C3ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, 07/08/2014, “S. M. s/ medida precautoria”, RC J 6303/14; JNCiv. N° 76, 05/02/2020; CNCiv., sala H, 17/04/2015, AP AP/DOC/715/2015, JNCiv. N° 87, 05/05/2016, elDial A9766, entre otros.

(21) JNCiv. N° 7, 05/02/2020, LL AR/JUR/158/2020; SAIJ SUC0410676; CNCiv., sala B, 03/04/2018, “D. M. H. y otros s/ autorización”, LA LEY 2018-C-599, entre otros.

un acto desprovisto de tales formas sería inexistente como testamento.

Se admiten actualmente dos formas testamentarias: el testamento ológrafo y el otorgado por acto público. Como se advierte, y a pesar de lo dispuesto en el art. 2646, no se ha previsto en el Código Civil y Comercial el testamento cerrado y los especiales que se aceptaban en el Código Civil.

Las formalidades son los requisitos de validez del acto, propios de cada una de las formas testamentarias. También se denominan “solemnidades”, como lo hace la parte final del art. 2473, Cód. Civ. y Com., al indicar que su observancia debe resultar del mismo testamento.

En este aspecto, si se testa en forma ológrafa, deberá cumplir con las formalidades de la manuscrición, la fecha y la firma (art. 3639, Cód. Civil).

Esta distinción entre formas y formalidades se proyecta sobre la inexistencia y la nulidad del testamento, pues mientras la ausencia de forma implica que no exista testamento, el acto con formalidades defectuosas acarreará su nulidad.

Vélez, en la nota al art. 3622, indicaba que las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma (debió decir “formalidad”) anula el testamento.

En el mismo sentido, con idéntico error, al hablar de formas y no de formalidades, se expresa, en el art. 2474, Cód. Civ. y Com., que la inobservancia de las formas (debió decir “formalidades”) requeridas para otorgar el testamento causa su nulidad y que, satisfechas las formas (solemnidades) legales, la nulidad de una o varias cláusulas no perjudica las restantes partes del acto.

La especialidad de las formalidades testamentarias, enunciada en el art. 2473, Cód. Civ. y Com. (art. 3626, Cód. Civil), implica que la forma de una especie de testamento no se puede extender a los testamentos de otra especie. Por ejemplo, la firma a ruego es posible en el testamento por acto público, pero no es válida la firma a ruego en el testamento ológrafo.

Zannoni recuerda que, pese a que el testamento es un acto formal solemne, debe distinguirse el testamento como acto jurídico del instrumento que lo contiene. El instrumento constituye la representación del acto contenido en aquel, pero si bien pareciera que el instrumento o documento contiene la expresión de última voluntad, no puede identificarse la expresión formal o solemne del acto con el instrumento (22).

Por lo tanto, si el instrumento que contiene la última voluntad del testador expresada conforme a las solemnidades prescriptas desaparece, se pierde, se sustrae o destruye, esa desaparición no implica la del testamento.

Por eso, distingue el autor en cita “el documento” de “lo documentado”, o “el instrumento” de “lo instrumentado”. Las declaraciones de última voluntad son la esencia del testamento, pero el trozo de papel es el continente, el documento.

Esta distinción adquiere importancia en los supuestos de revocación, destrucción o alteración, permitiendo en algún caso la prueba de las disposiciones que el testamento contenía (arts. 3833 a 3837, Cód. Civil). En tal sentido, el art. 2515, Cód. Civ. y Com., dispone que no se admite prueba alguna tendiente a demostrar las disposiciones de un testamento destruido antes de la muerte del testador, aunque la destrucción se haya debido a un caso fortuito, lo que habilita la prueba del testamento destruido después de la muerte.

Igualmente importa la distinción del documento con el acto en materia de nulidad, pues una escritura pública puede contener defectos, por ejemplo, la incompetencia del escribano actuante fuera de su jurisdicción que origine su nulidad y la del testamento instrumentado, pero el reconocimiento del hijo extramatrimonial contenido en ella vale como tal, como si hubiese sido otorgado en un instrumento privado (art. 571, inc. b), Cód. Civ. y Com.).

Pese a destacarse el carácter formal y solemne del testamento, la jurisprudencia ha ido morige-

rando en algunos casos la interpretación sobre el cumplimiento de formalidades.

La Suprema Corte de Mendoza destacó que las formas testamentarias tienen por objeto asegurar que el instrumento donde consten las últimas voluntades de una persona sea real y verdaderamente suyo. Lo que debe tenerse en cuenta es la voluntad del testador y no caer en el rito de formas inútiles contempladas en el Código (23).

La Cámara Civil de la Capital Federal también ha señalado que, por más que se justifique la solemnidad de un testamento, no es cuestión de que, por apego a un ritualismo exagerado, se llegue a destruir la voluntad del testador (24).

En sentido similar, al decidirse el rechazo de la acción de nulidad del testamento otorgado por Jorge Luis Borges, en la que se había sostenido —entre otras razones— el defecto derivado de la ausencia de un numeral correlativo en la respectiva escritura, la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil expresó que los preceptos imperativos —en el caso, las solemnidades testamentarias— necesitan interpretarse restrictivamente, ya que el fin de los preceptos de forma no es el de restringir o poner trabas al derecho individual de testar, sino determinar qué declaraciones revelan la voluntad definitiva del testador, y que su interpretación, como la de toda declaración de voluntad —proceda de un grupo de personas en función de legislador o de un simple particular— no debe olvidar el fin que tales preceptos se proponen (25).

De todos modos, las formas testamentarias resultan ser un obstáculo legal al testador sobre la decisión a tomar, dan seguridad a la expresión de la voluntad testamentaria diferenciándola de proyectos previos, robustecen la espontaneidad del acto para que se lleve a cabo sin influencias ajenas y dificultan las causas obstativas de la intención o la libertad del agente.

(23) SC Mendoza, sala I, 11/06/1974, “A. de L., M. A. c. A. de V., M. C. suc.”, LA LEY 1975-A-790, 32.178-s.

(24) CNCiv., sala E, 24/11/1974, ED 73-482.

(25) CNCiv., sala G, 05/06/1995, “U. de R., E. c. K., M. s/ nulidad de testamento”, ED del 24/08/1995, f. 46.602.

(22) ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de las sucesiones”, ob. cit., t. 2, nro. 1093, ps. 297 y ss.

III.2. ¿Nuevas formas testamentarias en el derecho argentino?

Lo antes referido nos lleva a una primera conclusión: en el derecho argentino, aun en la actualidad, el legislador del Código Civil y Comercial no ha previsto nuevas formas testamentarias. Como vimos, ha descartado algunas ya receptadas en el Código Civil, como el testamento cerrado y las formas especiales, manteniendo el testamento ológrafo y el celebrado mediante escritura pública.

Advertimos, entonces, que, a diferencia de las normas sobre reproducción humana asistida que analizamos en el anterior apartado y su repercusión en materia de capacidad para suceder, en cuanto a las formas testamentarias, las únicas permitidas son las especialmente las admitidas en el Código Civil y Comercial.

Apartarse de las formas testamentarias no siguiendo las formalidades de cada una llevará a la inexistencia del testamento —para aquellos que aceptan esta teoría— o a la nulidad.

De todas maneras, existe una creciente tendencia en la legislación comparada, en las investigaciones jurídicas, tesis doctorales e incluso proyectos de reformas para la incorporación legislativa de esas nuevas formas, como el testamento audiovisual.

Abordaremos algunos ejemplos comparados, en los límites de este trabajo, como un comienzo para empezar a pensar si resultaría conveniente en nuestro derecho la incorporación de formas electrónicas testamentarias.

Cabe reiterar a esta altura que se explica la forma, como solemnidad del acto testamentario, como un requisito legal a fin de asegurar la voluntad del testador en la transmisión de sus bienes y, además, permite demostrar la adopción de una decisión definitiva, superando proyectos previos desprovistos de forma legal, con las mayores garantías para que no existan presiones o influencias ajenas a su voluntad. La forma da seriedad al acto de última voluntad, que resulta trascendente por la disposición de bienes para después de la muerte.

De allí que, de aceptarse formas tecnológicas, estas deberán tener suficiente resguardo para cumplir con la finalidad que conlleva la solemnidad que rodea al testamento.

Me referiré a dos ejemplos, una propuesta y una decisión judicial ajenas a nuestro derecho.

III.3. ¿Nuevas formas testamentarias, siguiendo nuevas tecnologías?

Lo antes referido nos lleva a una primera conclusión: en el derecho argentino, aun en la actualidad, el legislador del Código Civil y Comercial no ha previsto nuevas formas testamentarias.

El primer ejemplo es una propuesta en una tesis doctoral para optar por el título de profesional de abogado en el Perú (26), cuya conclusión es la siguiente:

“Se expresó que la figura jurídica del testamento de manera genérica en el Perú lleva mucho tiempo sin evolucionar debido a que no ha habido adecuación del avance tecnológico a la normativa nacional, el derecho como ciencia debe ir de acorde a las necesidades que el mundo actual exige, razón por la figura del testamento electrónico es una figura pertinente que ayude a la solución de muchos conflictos que en la sociedad peruana se pueden observar.

“El testamento electrónico es una figura jurídica que expresa la voluntad unilateral de una persona sobre el futuro de sus bienes cuando esta fallezca plasmada mediante medios electrónicos modernos: medios audiovisuales: videos, medios audibles: grabaciones de voz y medios de escritura: mensajes de texto, correo electrónico, los cuales pueden ser hechos mediante programas, *softwares* y/o aplicaciones de fácil acceso.

“La figura del testamento electrónico se basará en experiencia de otras legislaciones como Australia, donde dicha figura es parte de su normatividad.

“Permitirá a cualquier persona expresar su última voluntad sobre sus bienes de una manera

(26) MUJICA SUÁREZ, Niquen Sandoval, Facultad de Derecho, Universidad de Sipán, Perú.

rápida, sencilla y sobre todo económica, solucionando futuros enfrentamientos en sus herederos.

“La necesidad de incorporar en el art. 707 del Cód. Civil peruano la figura del testamento electrónico se ve apoyada por el análisis realizado en la presente investigación, donde se ha comprobado la existencia de empirismos normativos en los operadores del derecho y en la comunidad jurídica, ya que, aún la norma no ha sido modificada, la existencia de discrepancias teóricas porque si bien es cierto un gran número apoya la incorporación de esta figura testamentaria hay también quienes no están de acuerdo con ella porque manifiestan que en el Perú no existe una seguridad jurídica pertinente para este tipo de figuras jurídicas.

“Así, se propone que la incorporación de la figura del testamento electrónico en el art. 707 del Cód. Civil peruano es pertinente, adecuada y factible. Además, de contribuir en mucho a la sociedad peruana y evitar enfrentamiento de los herederos. Es un ahorro económico para los que deseen utilizar esta figura testamentaria.

“La firma digital utiliza la criptografía de clave pública como algoritmos matemáticos que opera por el concepto indicado de un par de claves, privada y pública, las que se reciben íntimamente vinculadas. El ciudadano que suscriba digitalmente información para su posterior transmisión debe generar su propia clave.

“Además, se propone también el testamento otorgado por medio audiovisual se hará grabado por una cámara de vídeo que el otorgante tenga en su casa o en la oficina del notario en presencia de dos testigos que ordena nuestro ordenamiento jurídico y la presencia del notario, quien dará fe de la legalidad del testamento, haciéndolo constar por medio de un acta que deberá levantar el notario en presencia del testador y los testigos instrumentales en el mismo acto la cual será leída por el notario y el testador”. Hasta aquí la propuesta doctoral.

El segundo ejemplo se refiere a dos decisiones judiciales de Australia.

En el caso “Alan Yazbek vs. Ghosn Yazbek & Anor” ([2012] NSWSC 594), la Corte Suprema de

Nueva Gales del Sur decidió que un documento Word, denominado “Will.doc”, encontrado en el ordenador portátil del difunto tras su muerte, atendidas las circunstancias, podía ser verdadero como testamento. El nombre de “Daniel Yazbek” al final de Will.doc no estaba en la forma de una firma electrónica, reproduciendo su letra. Las palabras de su nombre se tipificaron como el resto de Will.doc. La evidencia interna de Will.doc apoya firmemente la inferencia de que Daniel lo creó. La contraseña de Daniel podría haber sido descubierta por otros usuarios, con métodos de ensayo y error. Pero no había en la evidencia ninguna sugerencia de que cualquier otro individuo estuviera en condiciones de acceder a la *laptop* de Daniel o tuviera ningún motivo para crear documentos tales como Will.doc en su computadora portátil. A partir de esta evidencia y algunas pruebas más, se consideró que era poco probable que otros usuarios tuvieran acceso a la computadora portátil de Daniel, concluyendo que Daniel había creado Will.doc., que fue analizado a la luz del testador y la historia de la familia.

En Queensland, los requisitos formales para la ejecución de un testamento válido se establecen en el art. 10, Ley de Sucesión de 1981, que de forma relevante establece que, para ser válida, una voluntad debe ser por escrito; debe ser firmada por voluntad del testador o por otra persona bajo su dirección y en presencia de al menos dos testigos, que deben estar presentes al mismo tiempo; y debe ser atestiguada y firmada por al menos dos de los testigos en presencia de la voluntad de decisiones.

El nombre “Daniel Yazbek” al final de Will.doc no tenía la forma de una firma electrónica, reproduciendo su letra. Las palabras de su nombre se escribieron como el resto de Will.doc. La evidencia interna de Will.doc apoya firmemente la inferencia de que Daniel lo creó.

La Corte consideró que el documento para el que se solicita la legalización reunía los requisitos legales. El documento comenzaba con las siguientes palabras: “Este es el último testamento y testamento...” del fallecido, quien luego fue identificado formalmente, junto con una referencia a su dirección. El nombramiento de un albacea, nuevamente, refleja la intención de que el documento sea operativo. El fallecido escribió

su nombre al final del documento en un lugar donde en un documento en papel aparecería una firma, seguida de la fecha y una repetición de su dirección. Todo eso —se dijo en el fallo— demostró la intención de que el documento fuera operativo. Nuevamente, las instrucciones contenidas en el documento, así como las disposiciones que aparecen en él, evidencian la intención de testar y su validez a la muerte del fallecido. En particular, la circunstancia de que el documento fuera elaborado poco después de una serie de notas finales de despedida, y en contemplación de la inminente muerte del fallecido, y el hecho de que diera instrucciones sobre la distribución de su propiedad, confirman la intención de que el documento fuera operativo después de su muerte (27).

En la decisión se citó un precedente también decidido según la Ley de Sucesión de 1981 (secs. 10 y 18) de la Corte de Queensland, en Brisbane, Australia, que otorgó validez por primera vez a

(27) CS Nueva Gales del Sur, “Alan Yazbek vs. Ghosn Yazbek & Anor” (2012) NSWSC 594.

un testamento electrónico creado y almacenado en un iPhone (28).

El mensaje fue encontrado en el teléfono celular del causante, en el cual decía: “dejo todo lo que tengo a mi hermano y sobrino”, indicando el número de cuenta bancaria y los lugares de la casa donde tenía dinero, y pidiendo que depositaran sus cenizas en el jardín; “esta es mi voluntad (*my will*)”.

No cabe duda de que en nuestro derecho positivo actual no podría reconocerse la calidad de testamento a un documento que no haya seguido alguna de las dos formas testamentarias aceptadas actualmente por el Código Civil y Comercial.

Se trataría en el caso de un proyecto de testamento que quedó en la computadora o en el teléfono del causante. Había intención testamentaria, pero faltó manifestarla en alguna de las formas testamentarias.

(28) Yu (2013) QSC 322.

Contratos autoejecutables: *smart contracts* (*)(**)

Fulvio G. Santarelli

Sumario: I. Preliminar.— II. Lo esencial de un contrato autoejecutable.— III. El contrato en clave de ejecución y el internet de las cosas. No solo el contrato es inteligente, ¡sino también las cosas!— IV. Bosquejando un concepto.— V. Los principales desafíos que presentan estos contratos.— VI. Conclusión.

I. Preliminar

El que sigue no es un estudio sobre los denominados *smart contracts*, es apenas una descripción de lo que se propone, desde el lugar de la *legal tech* como factible —que efectivamente se usa, en ciertas aplicaciones y ámbitos de la economía— (1); e intentar divulgar su uso y otorgar premisas para su incorporación y amalgama con las normas del derecho común. Lo que aquí se procura es lograr una mixtura entre el contrato ya conocido y lo propuesto. Y en este punto, dos reflexiones, una propia, el jurista clásico ha mirado siempre el contrato desde su celebración, lo han ocupado más los problemas de su formación y los elementos esenciales, que aquellos de la ejecución; tal vez sobre la premisa que resuelto lo primero, lo segundo es simple derivación; probablemente este aserto sea aplicable solo a las geografías del derecho continental europeo; de tal modo, analizar este tipo de contratos nos ejercita el costado menos cultivado de los aspectos contractuales. La otra reflexión no me pertenece, y tiene que ver con la actitud del jurista frente a los cambios tecnológicos, que pusiera de manifiesto Hugo Acciarri,

(*) Agradezco las lecturas —y recomendaciones— efectuadas por los Dres. Carlos Hernández y Alejandro Chamatropulos, quienes no tienen ninguna responsabilidad por los yerros y desconcepciones que pueda encontrar el lector.

(**) El original fue publicado en LA LEY del 03/06/2020, 14.

(1) Al solo efecto ejemplificativo, cabe remitir a [Etherum.org](https://ethereum.org) que se propone como una plataforma global de código abierto para desarrollar programas, contratos, cripto monedas, etc., accesible desde cualquier lugar del mundo, para cualquier persona.

quien, si bien reconoce que la misión de aquel es poner su atención en los peligros de lo nuevo, más que pensar en sus ventajas; aquella capacidad para subrayar riesgos conlleva a rodear a la actividad novedosa de restricciones, que también pueden aparejar limitaciones a sus beneficios (2).

II. Lo esencial de un contrato autoejecutable

II.1. Nada más virtual que el modelo contractual clásico

Es habitual contraponer lo “real”, contra lo “virtual”, entendida esta como la que viene del mundo de la programación, de los sistemas, el ámbito del *software*. Sin embargo, el jurista debe reconocer que, en el mundo del contrato, tal como lo concibe la dogmática, se trata de una realidad virtual que solo se “realiza” en el documento escrito, la más de las veces, o en la pura acción de quien se cree obligado. Antes de todo ello tenemos “la voluntad”; “lo querido”, “el fin del contrato”; “el consentimiento”; todas insinuaciones de un mundo que luego deben plasmarse en algún documento legible y/o tangible. La apelación a lo virtual no termina allí, entre el reglamento contractual imaginado, lo efectivamente plasmado, y su ejecución, media la interpretación. Es decir, la tarea “significante” que entre lo querido y lo tangible y las finalidades o intenciones presumidas, intenta obtener

(2) Ver “*Smart contracts*, criptomonedas y el Derecho”, LA LEY 2019-B, 1082; Cita Online: AR/DOC/1017/2019. Por ello, es que se pretende aprender del nuevo modelo, para ir incorporando los beneficios de la novedad.

conclusiones acerca de cómo las partes deben actuar. Con este modelo convencional convivimos.

II.2. El contrato ejecutable

El contrato clásico, es una herramienta social, captada por el derecho, para el intercambio programado (3); se vislumbra allí, un elemento esencial: el contrato es un dispositivo para organizar conductas que conducen a fines de intercambio patrimonial; se trata así, de un programa prestacional, se acuerdan conductas humanas que son el vehículo de la transacción de bienes y servicios. Ese contenido, las conductas humanas que lo constituyen, es —precisamente— lo que se debe ejecutar, cumplir, actuar; y ese modo de actuación puede ser —tal como una obra teatral— llevado a cabo de diferentes modos, con diversos matices y acentos. En los contratos denominados “inteligentes”, el programa de prestaciones está definido en un código que determina acciones de una computadora, de un sistema —objetivice el proceso en el lugar que a su mente le quede más cómodo para su comprensión— de modo que una vez escrito, se oprime *enter* y el programa comienza a cumplirse.

Los contratos inteligentes vinculan maquinas, ordenan pagos, requieren aprobaciones, liberan *stocks*, entregas, remitos, facturas, todo a partir de un programa acordado entre los intervinientes que no requiere de intervención humana, salvo el supuesto en que el diseño del programa (*software*) lo requiere.

Si el contrato clásico se compone de un programa prestacional que deba actuarse; el contrato autoejecutable, concibe a ese mismo proceso como un *workflow* y lo hace correr como un flujo predeterminado. Nada demasiado nuevo, estamos a punto de caer, en este relato, en las consideraciones ya brillantemente expuestas por Natalino Irti en “Intercambios sin acuerdo” (4); pero no vale la pena revivir el debate: Aquí el acuerdo está en la diagramación

(3) SACCO, Rodolfo, en SACCO - DE NOVA, Il Contratto, Ed. Utet, Torino, 3ª ed., ps. 16- 17.

(4) Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milán, 1988, ps. 347-364.

del programa común, o bien en modo adhesivo, para el desarrollo de un negocio. El contrato es un *software*, puede ser ya prefigurado, conforme a la tipicidad práctica del negocio, o diseñarse *ad hoc* por los otorgantes.

II.3. Eficiencia y justicia del sistema de las obligaciones

Es inherente al derecho de las obligaciones la búsqueda permanente de ambas cualidades, que, además, no parecen de por sí contrapuestas, en ocasiones, solo basta cambiar el punto de mira desde el cual se analiza la relación jurídica en examen para advertir que una coopera con la otra. La eficiencia se vincula con un derecho menos burocrático, que permitan a las situaciones jurídicas fluir dinámicamente; al solo efecto de ejemplificar, cabe aludir a la mora automática (art. 886, Cód. Civ. y Com.); pero también otros institutos se inspiran en el valor de la economía y simplicidad: las acciones directas (arts. 736 y ss.); la subrogatoria (art. 739, Cód. Civ. y Com.); el sistema de consignación extrajudicial (arts. 910 y ss.) la compensación como modo de extinción de las obligaciones (arts. 921 y ss. Cód. Civ. y Com.); entre otros.

En el caso de los contratos autoejecutables, la nota de eficiencia es evidente, y es la que justifica su propulsión en la realidad; empero es menester atender a que no se convierta en el vehículo que exagere una tendencia que se aprecia en el derecho de los contratos que es el “unilateralismo del crédito”; es decir la reserva por parte de uno de los contratantes de la decisión por sí mismo sobre los momentos vitales de las vicisitudes del contrato, tales como: la oferta unilateral, fijación o variación de precios unilateral, resolución unilateral, etc. (5). En este sentido, la innovación contractual de que se trata, encuentra normas de balance en el derecho sustantivo hoy vigente; en efecto, si bien el desarrollo exhaustivo de este aserto implicaría un tratado específico al respecto, pueden enumerarse las siguientes normas de contención básica: la dinámica actual que presenta el abuso del derecho, con sus aplicaciones en los relativo a la posición dominante; a la dependencia econó-

(5) MEKKI, Mustapha, “Reformar el derecho de los contratos, del mito a la realidad”, RCyS, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 5.

mica (6); al campo de actuación ampliado de la cláusula abusiva, inclusive a los contratos B2B en tanto sean de adhesión (arts. 984 y 988, Cód. Civ. y Com.); el deber de colaboración y uno de sus derivados, el deber de renegociar en los contratos de duración ante la facultad unilateral rescisoria de una de las partes (art. 1011, Cód. Civ. y Com.); entre otras.

II.4. Algunos “flujos” elementales para ilustrar supuestos

Como preámbulo a la temática más sofisticada, es recomendable, fijar un primer concepto: el contrato en tanto ejecución, dejando atrás al contrato en tanto celebración, interpretación; Imaginemos la apertura de una nueva “estación de servicio” que se suma a la red de distribución de una de las destilerías de combustible, en el contrato respectivo se acuerda que: i) el combustible será proveído de acuerdo con los niveles del fluido que muestran sus depósitos, debajo del cual se despacha desde la destilería el respectivo camión; ii) junto con la remisión del combustible, se emite la factura, la cual se autoejecuta y debita el monto pertinente de la cuenta del distribuidor. Esa operación implica una sumatoria de verificaciones, tales como los niveles de existencia, envío del combustible, verificación del precio para el distribuidor, llegada y llenado de reservas, que corren en un flujo automático, que puede no requerir intervención humana a lo largo de su desenvolvimiento. En el medio, también se prevén las variantes de verificaciones de pagos, si los débitos no se pueden configurar, las remesas se interrumpen. En el servicio de hotelería, las tarjetas magnéticas están programadas para permitir los accesos en tanto dure la estadía acordada. Las llaves de proximidad de los vehículos de última generación pueden adicionar a su programación efectivos dispositivos de acceso para el deudor prendario que no esté en mora. Lo mismo ocurre con los equipos electrónicos hogareños, que pueden dejar de funcionar si es se nos olvidó el pago de su crédito.

III. El contrato en clave de ejecución y el internet de las cosas. No solo el contrato es inteligente, ¡sino también las cosas!

En la actualidad, todas las cosas que, por definición, eran inanimadas, aparecen dotadas de

mecanismos y programas que le permiten cierta actuación por sí misma (7). O, tal vez con más precisión a los fines aquí expuestos, tienen la capacidad de responder a otras voluntades, más allá de aquel que las maneja y se sirve de ellas (8). La programación, que no es más que la anticipación a decisiones frente a distintos supuestos, hace posible que la cosa muestre una autonomía que puede servir a fines de garantía, o de cumplimiento de plazos contractuales. Si al locatario, fenecido el plazo contractual que le permite el uso y goce, paulatinamente, le van dejando de funcionar sus electrodomésticos, como modo de aviso de que está fuera de plazo, hasta llegar al impedimento de ingreso, obtenemos un efectivo modo de asegurar el cumplimiento de una previsión contractual, que no solo se ejecuta drásticamente, sino que otorga sutiles avisos, tal vez más amables que una carta documento, pero de seguro, inexorables. Este proceso imaginario, es factible, no por el instrumento contractual, sino porque las cosas permitirían una tal programación (9). Las cosas actúan una orden, una disposición de voluntad antes acordada. La prestación, entendida como

(7) La inteligencia de las cosas nos rodea, los dispositivos celulares conforman la síntesis de todo lo que se pretende explicar. Nos preguntamos si nos escuchan. Es que las cosas presentan la capacidad de recopilar datos, nuestros datos, lo que con nuestra conducta le “relatamos” (nada más real) para aprender de ellos, nos devuelven servicios: nos sugiere caminar o dar más pasos, nos sugiere el camino más conveniente, el tipo de música que nos gusta o el próximo libro que vamos a leer o serie que vamos a ver. Ver un panorama en BARRIO ANDRÉS, Moisés, “Internet de las Cosas”, Ed. Reus, Madrid, 2020, 2ª ed.

(8) El principal poder del internet de las cosas es el alto impacto que tiene en los negocios y en la vida personal de la gente, mejorando su calidad de vida; en materia de negocios, las compañías están usando la IoT para crear nuevos modelos de negocios; mejorando sus procesos, reduciendo sus costos y riesgos. (RAYES, Anmar — SALAM, Samer, “Internet of Things from hype to reality. The road to digitalization”, Ed. Springer, Cham, 2019, 2ª ed., p. 2).

(9) Se caracteriza a la IoT como la red de cosas, con identificación de dispositivos, inteligencia integrada y capacidades de detección y actuación, conectando personas y cosas a través de Internet; el término puede usarse para referir a todos los objetos, cosas, cualquier dispositivo conectada a través de Internet, incluidos electrodomésticos, edificios, automóviles, personas, animales, árboles, plantas, etc. (RAYES, Anmar — SALAM, Samer, ob. cit., p. 4).

(6) Ver SANTARELLI, Fulvio, “Contrato y Mercado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, ps. 225 y ss.

conducta humana que es el vehículo del interés del acreedor, se resignifica, desde que la cosa es idónea, por sí, para responder a aquel interés.

Estos pueden ser ejemplos de prestaciones automatizadas, que se las prefiere subrayar en razón de que son fácilmente proyectables para el trabajo de admisibilidad de este tipo contractual; no obstante, el actual dominio de los casos de uso de este tipo de contratos está en las operaciones financieras (10).

IV. Bosquejando un concepto

IV.1. Acerca de su origen

Nick Szabo, versado tanto en el derecho como en la criptografía, es decir, la disciplina que otorga seguridad a las transacciones en internet de base matemática, en un documento de 1997, imaginó la posibilidad que los contratos se diseñen y se escriban en un código de programación a partir del cual se ejecuten automáticamente (11). Más precisamente, acuñó el término, definiéndolo como “*a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on the other promises*”; estas posibilidades fueron potenciadas por el desarrollo de la cadena de bloques (12), y de su de-

(10) Puede recurrirse para más detalles a informes de consultoras que dan cuenta del crecimiento de este tipo de transacciones, tanto como de su tipología y sus ventajas; verbigracia <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/us/Documents/finance/us-cfo-insights-getting-smart-contracts.pdf>.

(11) “Formalizing and securing relationships on public networks”; véase en http://oiphi.org/ojs/index.php/fm/article/view/548469#*.

(12) Ver, entre nosotros, DABAH, Alejandro D., “Derecho y tecnología: Los ‘contratos inteligentes’ y su legalidad en el Derecho Argentino”, JA del 11/03/2020, p. 19; Cita Online: AR/DOC/404/2020, quien cuenta las vicisitudes del mítico “Satoshi Nakamoto” y su desarrollo de la cadena de bloques y las criptomonedas; además detalla cómo funcionan, por lo que allí remitimos. El sistema sobre el cual funciona —que se basa en la intercomunicación de terminales a partir del “minado” que no es más que la resolución de problemas lógicos-algebraicos— es considerado poco sustentable desde la perspectiva ambiental; en efecto, conforme estudios recientes, las emisiones de CO2 provenientes del minado de bitcoins se ubicarían en niveles similares a los producidos por países como Jordania o Sri Lanka o ciudades como Kansas en Estados Unidos. En el mismo

derivado, las criptomonedas; en definitiva en ellas aparecen todos los atributos de la seguridad que revela la autoría del consentimiento, todo ello sin perjuicio de recurrir a las normas que sobre firma digital presentan los distintos países (13). Desde estas ideas prácticas, parece innecesario intentar obtener una categoría dogmática; no parece que sea ello necesario; desde un concepto de libertad de formas, no se vislumbran vallas insalvables, lo que si cabe subrayar es un elemento típico: la autoejecución; y sus eventuales riesgos y ventajas.

IV.2. Un elemento insoslayable: La autoejecución

Tal como se viene diciendo, no existen razones de peso para ser ortodoxos en una definición de este tipo de vínculos, salvo que se crea que su utilidad se desenvuelve con el auxilio de la cadena bloques que otorga al sistema de contratos una autoejecución segura, e incluso, utilizando como medio de pago las criptomonedas, que son un derivado del uso de la *blockchain* (14). Desde esta perspectiva, que puede

sentido, se sostiene que la red de bitcoin podría alcanzar en el corto plazo un consumo de 7,67 GW, comparable al de países completos como Irlanda o Austria; sin embargo, también posibilita el fortalecimiento de la transparencia y la confiabilidad de la cadena de suministros de bienes, colaborando con relación al consumo y la producción sostenible. Ver RINALDI, Gustavo, “*Blockchain y sustentabilidad ambiental*”, LA LEY del 10/02/2020, Cita Online: AR/DOC/3998/2019.

(13) En la actualidad existen instituciones que facilitan plataformas de desarrollo de este tipo de vínculos, entrenan en el uso de su lenguaje y otorgan a quienes quieran contratar de esta manera ámbitos que seguros o que facilitan el manejo de lo necesario para este tipo de vínculos, ver por caso Ethereum.

(14) *Blockchain* es una tecnología que permite la transferencia de datos digitales con una codificación muy sofisticada y de una manera completamente segura. Sería como el libro de asientos de contabilidad de una empresa en donde se registran todas las entradas y salidas de dinero; en este caso hablamos de un libro de acontecimientos digitales; por tal razón se la denomina también “DLT” por *distributed ledger technologies* o tecnologías de registro distribuido. No requiere de un intermediario centralizado que identifique y certifique la información, sino que, al estar distribuida en múltiples bloques independientes entre sí, que la registran y la validan sin necesidad de que haya confianza entre ellos. Cada uno de esos bloques contiene la información codificada de una transacción en la red. Antes hicimos la analogía del libro contable, donde anotamos, por ejemplo, que salió A y entró B. Pues bien, *blockchain* se comporta igual, pero será la red de

denominarse estricta, un “contrato inteligente” será un “código programado” en donde la última intervención de las partes es, precisamente, esa, su programación; que luego se ejecuta automáticamente hasta consumir, por ejecución de las prestaciones pactadas, el vínculo contractual (15). Este concepto estricto o puro de contratos inteligentes que recurre a las criptomonedas se preconiza, da lugar al desarrollo de la idea de la denominada *token economics* de la que se dio cuenta *supra* (16).

nodos distribuidos quienes tengan que certificar que esos datos son verdaderos. Cada bloque de la cadena porta el paquete de transacciones y dos códigos, uno que indica cuál es el bloque que lo precede (excepto el bloque origen, claro), y otro para el bloque que le sigue, es decir, que están entrelazados o encadenados por lo que se llaman códigos o apuntadores hash. En definitiva, es un protocolo de red descentralizado, accesible a todo público, con capacidad de verificación también descentralizada y segura por el uso de sistema criptográfico. El almacenamiento de la información en bloques independientes procura resguardar la inalterabilidad de los datos o información en ellos almacenada; cada nodo y cada bloque replica la misma información, por tanto, habría que violar los protocolos de seguridad de cada bloque para falsear la información; a su vez, el correspondiente hash. Cada nuevo dato o transacción genera un nuevo bloque; para ello el nuevo dato viene con su clave criptográfica para que sea reconocido por los bloques y se pueda sumar válidamente la nueva información. Al desarrollo de las tecnologías “DLT” se le asigna una relevancia fundamental al punto de constituir la base de una nueva economía, denominada *token economics* desde que se le asigna ser el punto de partida a nueva economía financiera. (Ver HEREDIA QUERRO, Sebastián, “Token economics y corporate finance. Tensiones entre regulaciones bursátiles del siglo XX y la techno-democratización del acceso al financiamiento del siglo XXI”; LA LEY del 10/07/2019; en el mismo trabajo pueden verse las referencias normativas de nuestro derecho que ya se refirieron a los actos financieros generados por medio de tecnologías “DTL”) No cabe duda que este ambiente generado por la denominada “tokenización” de la economía encuentra su instrumento de ejecución en *el smart contract*; pero el intento de este trabajo es llevar elementos del contrato ejecutable a una fusión virtuosa con el contrato clásico.

(15) MARZORATI, Osvaldo J., “Las nuevas tecnologías el impacto de la venta online en los contratos frente al *blockchain* y los contratos inteligentes”, RDCO 297-859; describe a este tipo de vínculos contractuales que como nota distintiva presenta aquella de “... estar encerrados en un código, conformado por algoritmos y tecnologías de registro, que se transmiten electrónicamente y que encierra el protocolo previsto por las partes para su autoejecución”.

(16) Las criptomonedas son derivados de la del sistema “DTL” y diseñadas como derivación del sistemas de

El término *smart contracts* puede dar cobertura a múltiples y diferentes tecnologías y aplicaciones, e incluso, el “código” (entendido por tal el software) puede ser utilizado para definir las reglas del contrato; para su ejecución; para ambos (17).

Pero ello no obsta a que, con mayor amplitud, puede concebirse a un contrato mixto, en donde se encuentren cláusulas programáticas que den marco al *software* de ejecución, e inclusive se diseñen estrategias de flujo del contrato con precisa intervención humana de decisión (18)

Así, el elemento distintivo será que se trata de un *software* que proporciona la ejecución pro-

bloques, que para cierta comunidad de usuarios cumplen los valores habituales que se le asignan a una moneda: medio de intercambio, unidad de medida o reserva de valor (ver HERRERO QUERRO, ob. cit.); en definitiva, sin entrar en el debate si las criptomonedas tienen el carácter de moneda, es menester tener presente que al dinero podemos verlo como un adjetivo, esto es como “el medio de intercambio generalmente aceptado”; es decir, como “aquellas cosas que en el comercio se entregan y se reciben como fracción equivalente o múltiplo de la unidad”; o bien como un sustantivo, al que refiere como moneda a aquella que cuenta con el curso legal y forzoso reconocido por el Estado; dado que su efecto cancelatorio no depende del acuerdo de partes, sino, precisamente por el curso forzoso con que cuenta. Estas enseñanzas de la Real Academia Española de la Lengua resultan bastantes, para entender que puede adjetivarse como moneda para alguna comunidad de negocios, lo que para el Estado y comunidad en general, no resulte aceptable; y que en todo caso valen por su valor de cotización, es decir, por aquel al cual cierta comunidad le reconoce valor. Para ampliar respecto al carácter monetario de los criptoactivos son imprescindibles las recomendaciones y precisiones de ACCIARRI, Hugo, “*Smart contracts*, criptomonedas y el Derecho”, cit. *supra*.

(17) Ver “Legal statement on cryptoassets and smart contracts” de la UK Jurisdiction Taskforce, parágrafos 141 y 142 del disponible en <https://technation.io/about-us/lawtech-panel>.

(18) A ello se refiere el parágrafo 143 “Legal Statement ... “ cit. El escenario habitual de los *smart contracts* involucra a los partes contratando en lenguaje natural, pero recurriendo para su cumplimiento u otros aspectos determinados, a la ejecución por medio de uso de códigos (por sistemas de software automatizados), que generalmente, pero no necesariamente, corren bajo sistema de registros distribuidos (por referencia a la cadena de bloques).

gramada de contraprestaciones de índole contractual (19).

IV.3. Se reconocen al menos dos modalidades

De lo expuesto, pueden concebirse dos modalidades: a) un modelo, que vale denominar “externo” en el cual el código fuente del *software* que determina la “performance” del contrato está separado del texto de este que está redactado en lenguaje natural; y b) otro “interno”, en el cual las previsiones contractuales están incluidas en el código fuente sin la referencia anterior, a un documento redactado en lenguaje natural (20). Esta distinción, resulta conveniente porque permite una mejor transición de los contratos auto-ejecutables bajo el derecho clásico, permitiendo controlar los efectos colaterales negativos que tal automatización puede presentar.

(19) En análogo sentido a la caracterización propuesta: “Smart contracts are defined as agreements wherein execution is automated, usually by computers. Such contracts are designed to ensure performance without recourse to the courts. Automation ensures performance, for better or worse, by excising human discretion from contract execution.” Conf. RASKIN, Max, “The Law And Legality Of Smart Contracts” [cite as: 1 Geo. L. Tech. Rev. 305 (2017); véase en <https://perma.cc/673G-3ANE>, Georgetown Law Technology Review]. Naturalmente, teniendo presente que “... aun cuando la utilización de la expresión contract puede inducir a error, debemos subrayar que la categoría jurídica de contrato no existirá en tanto no se cumplan los requisitos que la ley exige para su validez...” Ver TUR FAÚNDEZ, Carlos, “Smart Contracts. Análisis jurídico”, Ed. Reus, Madrid, 2018, p. 51. MIRASSOU CANESCU, Carlos — HADDAD, Andrés, en “Coronavirus: ¿Un jaque a los *smart contracts*?” La Next, cita on line: AR/DOC/1789/2020.

(20) Esta distinción aparece en la Legal Guidelines For Smart Derivatives Contracts preparada por la International Swaps and Derivatives Association, en estos términos: “The legal perspectives paper also distinguishes between two different models of smart legal contract: the external model and the internal model. In the external model, the coded provisions remain external to the legal contract, and represent only a mechanism for automatic performance. In the internal model, the provisions that can be performed automatically are included in the legal contract, but are rewritten in a more formal representation than the current natural language form. A computer could then take this more formal representation and automate performance”. Disponible en <https://www.isda.org/category/legal>. Es claro que no se trata más que de una recomendación sectorial, para cierto tipo de transacciones financieras; no obstante, tiene la virtud de compilar soluciones u opiniones de la práctica legal que las concibe.

IV.4. Durante la ejecución del contrato ¿puede mediar intervención humana?

Pareciera que para asegurar el linaje de contrato inteligente la ejecución debería ser exclusivamente automática, sin embargo, se ha considerado: “Un contrato inteligente es un acuerdo automatizable y exigible. Automatizable por computadora, aunque algunas partes pueden requerir intervención y control humanos. Aplicable ya sea mediante la aplicación legal de los derechos y obligaciones o mediante la ejecución de código informático a prueba de manipulaciones” (21). Teniendo presente lo expuesto, es que pueden diseñarse modos de intervención de las partes, o bien de terceros.

IV.5. La participación de terceros

Para ejecutar ciertos pasos contractuales puede valerse de terceros, a los cuales le consulta información trascendente para el contrato, estos reciben el nombre de “oráculos”; los cuales pueden ser: i) entidades financieras para determinar evolución de tasas de interés; saldos de cuentas; flujos de fondos; etc.; ii) oficinas públicas, nacionales o internacionales para determinar índices de depreciación monetaria, evolución de precios mayoristas; salarios; o del PBI de un país dado, o evolución de la economía regional, de determinado segmento o producto; o cualquier otro tipo de información inherente al contrato; iii) salidas o llegadas de transportes o movimiento de mercaderías a través de buques, aeronaves; iv) interacción con registros públicos: propiedad inmueble, marcas y patentes rodados, prendarios, etc. Conforme a la información de los oráculos, el circuito contractual tomará su curso (al solo efecto de seguir con un ejemplo), aplicará cierta tasa de interés, impondrá cierto precio promedio, ordenará la remisión de un contenedor ya arribado a puerto; impondrá penalidades por estadías; etc.

(21) “A smart contract is an automatable and enforceable agreement. Automatable by computer, although some parts may require human input and control. Enforceable either by legal enforcement of rights and obligations or via tamper-proof execution of computer code”. [ISDA (INTERNATIONAL SWAPS AND DERIVATIVES ASSOCIATION), “Legal Guidelines For Smart Derivatives Contracts: Introduction”].

Existe otro tipo de intervención de terceros, la de aquellos que tienden a dar seguridades a la participación de las partes, o a su consentimiento, o al acuerdo; en efecto, el art. 36 del dec. 182/2019 referente a la “Firma Digital”, establece: “Servicios de Confianza. Se entiende por Servicio de Confianza al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: 1. la conservación de archivos digitales; 2. la custodia de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico, contratos electrónicos, y toda otra transacción que las partes decidan confiar a un tercero depositario; 3. la notificación fehaciente de documentos electrónicos; 4. el depósito de declaraciones de que se presentan como una suerte de voluntad realizadas en formato electrónico; 5. la operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales; 6. los servicios de autenticación electrónica; 7. los servicios de identificación digital; 8. otras prestaciones que determine el Ente Licenciante” (22). Asimismo, existen servicios denominados *time stamp* que, como una suerte de estampillado, constituyen una variante a la firma digital: se trata de un tercero de confianza que sobre el documento genera un *hash* que determina la creación del documento en determinada fecha y dejará constancia de cualquier alteración, como asimismo de la data de tal modificación.

V. Los principales desafíos que presentan estos contratos

V.1. La formación del contrato a la luz de la normativa vigente

El ordenamiento sustantivo, desde el art. 284 del Cód. Civ. y Com. viene preconizando para los actos jurídicos en general, el principio de libertad de formas, y exhibe la plasticidad y apertura de su régimen al darle cabida a la distinción entre documento particulares firmados y no firmados, incluyendo en tal categoría a “todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los

registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información” (conf. art. 287, Cód. Civ. y Com. *in fine*); con igual sesgo, el art. 288, Cód. Civ. y Com., define la firma, sus funciones, y admite a la firma digital, en tanto “asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”. Ya en sede del contrato, se ratifica el principio de libertad de formas (art. 1015, Cód. Civ. y Com.), se establece una directiva, en el art. 1016, Cód. Civ. y Com., que aun cuando se refiere a los contratos formales, es conveniente observarla aun en los no formales, ya que sienta un principio de coherencia entre la forma elegida para la celebración y sus eventuales adiciones o modificaciones posteriores, las cuales deben observar la misma modalidad (cabe asignarle a esta norma un contenido basado en la buena fe, que ahuyenta conductas sorpresivas); a su turno, las reglas de la prueba de los contratos se condice con la apertura en cuanto a la elegibilidad de formas (conf. art. 1019, Cód. Civ. y Com.). Estas relaciones normativas dan suficiente cobijo a acuerdos que puedan expresarse sobre códigos de programación en lenguaje no natural. En tal sentido, debe adicionarse lo pertinente al régimen de firma digital para tener un acabado panorama de su viabilidad legal (conf. ley 25.506 y dec. 182/2019).

Situados ahora en la categoría de los contratos de consumo, la utilización de medios electrónicos recibe su propia regulación, en efecto, el art. 1106, Cód. Civ. y Com., respecto de la utilización de medios electrónicos, establece “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”, y seguidamente, el art. 1107, establece “si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos”. Con lo que, el ordenamiento concibe la utilización de soportes distintos a los usuales, en la medida que estén debidamente informados.

(22) El art. 37 del decreto de “Firma Digital”, establece quienes pueden ser prestadores de estos servicios: “Podrán brindar servicios de confianza las personas humanas, jurídicas, consorcios, entes públicos, entes públicos no estatales, de acuerdo con los procedimientos, estándares y condiciones que determine la Jefatura de Gabinete de Ministros”.

De lo relacionado se concluye que un contrato autoejecutable, celebrado en lenguaje informático, no natural, es, con las prevenciones efectuadas, legalmente viable, así sea un contrato entre pares, como de adhesión, o de consumo.

V.2. Del contrato “celebrado por medios electrónicos” al contrato autoejecutable

Se trata ahora, de proponer algunas premisas para tener presente a la hora de diseñar un contrato autoejecutable que pueda compatibilizar con las normas imperantes en la materia, para ello se tienen presentes, además de la normativa nacional, las enseñanzas de la Directiva Europea 2000/31/13 dedicada a reglar el “Comercio Electrónico” (23); vale insistir que se trata solo de recomendaciones, que pretenden elevar el umbral de protección que surge de la normativa antes relacionada. Ellas son:

i. En carácter de información previa al contrato, esclarecer acerca de los diferentes pasos técnicos que deben darse para tener por celebrado el contrato (conf. art. 10, DE 2000/31/13).

ii. Informar acerca de las condiciones de registro y seguridad del contrato, como asimismo la ruta de acceso a su código (conf. art. 10, DE 2000/31/13).

iii. Si el contrato refiere a un plexo de condiciones generales, debe estar disponibles y deben ser recuperables en lenguaje natural (conf. art. 10, DE 2000/31/13). Asimismo, es recomendable, una instancia de revisión y chequeo de las disposiciones contractuales, como de los datos de los cuales se sirve la ejecución del contrato. Es recomendable, para asegurar la inalterabilidad del documento, que se recurra a algún sistema de encriptado disponible.

iv. Este tipo de contratos, que, vale insistir, se autoejecutan, lo hacen sobre cierta plataforma, si se recurre a la cadena de bloques, esta es independiente y descentralizada por definición; pero para el supuesto que se recurra a otras variantes, es imprescindible que se trate de una plataforma independiente, de modo que garan-

tice la no injerencia de los contratantes en la ejecución del contrato.

v. Asimismo, y en el caso de recurrir a “oráculos”, desde que a ellos les puede haber distintos tipos de roles, determinante de la configuración de ciertos parámetros esenciales para el contrato —punto de partida de intereses; su tasa; inicio de penalidades contractuales; etc.; tanto su identificación, como la individualización del insumo deben ser objeto preciso de determinación contractual; no solo formando parte del acuerdo, sino de la información previa al contrato.

vi. Respecto del cumplimiento —es decir— en la determinación de si las prestaciones se cumplieron o no, debe tenerse presente la premisa del art. 11 de la DE 2000/31/13, en cuanto dispone que las remisiones se tienen por cumplidas cuando las partes puedan tener acceso efectivo a lo entregado; esta premisa resulta útil para las prestaciones de dar y en especial obligaciones dinerarias.

vii. En orden a la faz de ejecución del contrato, se dijo más arriba, que lo propio de los contratos inteligentes o autoejecutables, es que la última intervención de las partes, es el momento de su celebración; sin embargo, y siempre dependiendo de las características del contrato, y de la categoría jurídica de los contratantes; para los contratos de adhesión y de consumo, parece recomendable —cuando no necesarios— concebir protocolos de intervención de las partes a lo largo de su ejecución; en particular en lo concerniente a aprobar “rendiciones de cuentas” (24), confirmar saldos; máxime en situaciones en las cuales el sistema ordena la reasignación de montos de dinero, interrupción del uso de la cosa; su desplazamiento, etc. Se trata de evitar situaciones que el derecho suele mirar con desconfianza, tales como la “autoliquidación” de deuda y su pertinente ejecución de la garantía. Al respecto vale aclarar, que cuando

(24) La referencia a la rendición de cuentas lo es en el sentido que le otorga la regulación del Código Civil y Comercial a este nuevo tipo obligacional; en efecto, no solo es menester atender a su contenido, conforme a los parámetros de los arts. 858 y 859; sino a las circunstancias que suscita esta obligación —art. 860—; como asimismo su oportunidad —art. 861— y las vicisitudes de su aprobación, conf. art. 862.

(23) Esta Directiva recibió tratamiento en el nuevo Cód. Civil francés, en particular los arts. 1125, 1126, 1127-1, 1127-2.

en el apartado iv) se preconiza la utilización de plataformas independientes para la ejecución del contrato, se trata de evitar impugnaciones de esta índole (25).

viii. Siguiendo con las pautas de intervención humana programada, en los contratos de consumo, estas deben dirigirse a garantizar los derechos del consumidor al derecho de retractación (art. 34, ley 24.240); el ejercicio de la garantía legal por vicios de la cosa (art. 11, ley citada) (26); entre otras.

V.3. La autoejecución en función de garantía

Los sistemas de autoejecución pueden ser una valiosa herramienta para préstamos sobre

(25) No puede desconocerse aquí que existe pronunciamientos que observan los procedimientos de ejecución de garantías, tales como el secuestro prendario, por violar la garantía del debido proceso adjetivo, sea en forma directa o indirecta, y que, en el caso de las relaciones de consumo, implica una cláusula abusiva desde que viola el art. 37 de la ley 24.240. ver CS, fallo del 11/06/2019; *in re* “HSBC Bank Argentina SA c. Martínez, Ramón V. s/ secuestro prendario”.

(26) Los contratos inteligentes pueden ser un muy eficaz medio para garantizar la protección del consumidor, en efecto, en situaciones tales como la ejecución de la garantía que significa al consumidor el instituto de los contratos conexos (arts. 1073 a 1075 Cód. Civ. y Com.) que requiere de implementaciones procesales precisas para su concreta aplicación, aquí pude funcionar a requerimiento del consumidor, por ejemplo, el *stop debit* del precio de compra ante quien la financió, frente a la manifestación del vicio del producto.

las cosas muebles no registrables; bien cuidados los supuestos de intervención de los contratantes, procurando resguardar los valores antes expuestos, pueden reducir la tasa de riesgo de este tipo de transacciones.

VI. Conclusión

Se ha intentado una descripción de una clase de acuerdos que se caracterizan por la ejecución por sí, a través del motor que significa un *software*; a estas ideas, aquellos que están inmersos en las tecnologías aquí mencionadas las impugnarán por maniatar a aquel desenvolvimiento automático del contrato, neutralizando sus ventajas. Es comprensible. No obstante, ir admitiendo en el íter contractual clásico, tramos de autoejecución constituye un avance que acelerará el proceso de introducción de la automatización pura, con esta convicción fueron escritas estas líneas (27).

(27) Tal vez, no sea aventurado reflexionar en paralelo al pensamiento expuesto por SACCO en su obra “El Derecho mudo”, quien reflexiona acerca de las implicancias del lenguaje sobre el derecho no expresado, aquel que fue solo practicado, actuado, pero no formulado; en definitiva, un intento de despegar el derecho del lenguaje; independizar la regla de su explicación o justificación. Es que ya no pertenece a la ficción, sino que es real, forma parte de nuestro mundo fáctico actual, la expresión en lenguaje no natural, que inclusive, crea una comunidad de cosas y personas integradas que interactúan; es evidente que las consecuencias no serán triviales. (La obra original: “Il Diritto muto”, Ed. Laterza, Bologna, 2015; existe traducción de César Moreno More, Ed. Communitas, Lima, 2016).