

**LEGISLACION
Y VALOR PROBATORIO
DEL DOCUMENTO ELECTRONICO
EN LA REPUBLICA ARGENTINA**

□ **Autor:** Lic. Daniel Lorenzo Di Mari

□ **Mail:** ddimari@hotmail.com

□ **Te:** 03541-4334447

□ **Institución:**

- a) Escuela de Archivología de la Facultad de Filosofía y Humanidades –
□ Universidad Nacional de Córdoba (República Argentina).
- b) Tribunal de Cuentas de la Provincia de Córdoba (República Argentina)

□ **Desempeño Académico:**

- 1) Director de la Escuela de Archivología de la Facultad de Filosofía y
□ Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba – República
□ Argentina.
- 2) Profesor Titular por Concurso, Cátedra Archiveconomía.
- 3) Jefe de Trabajos Prácticos por Concurso, Cátedra Legislación y
□ Normativa Archivística.

CORDOBA 2007

EVOLUCION HISTORICA DEL FORMALISMO

Los pueblos primitivos se singularizan por un formalismo severo y rígido, esta fue también la característica del derecho romano, es decir los actos estaban ligados inseparablemente a sus formas, la menor desviación en el cumplimiento de las prescripciones legales traía aparejada la nulidad del acto.

En la actualidad se tiende a descomprimir el viejo formalismo basado en el principio de la libertad de las formas en los actos jurídicos. Diversos factores han influido para que el formalismo perdiera aquella rigidez sofocante, entre los cuales podemos citar la difusión de la escritura, la gran actividad del tráfico comercial con su necesaria celeridad, el desuso de las palabras sacramentales, la interpretación de la verdadera intención de las partes.

Los progresos tecnológicos experimentados en la últimas décadas en el campo de la electrónica, la informática, y las comunicaciones, permite afirmar que hemos ingresado en una nueva etapa histórica denominada por distintos sectores de la cultura como era espacial, tecnotrónica, post-industrial, telemática, la informática, etc.

Las distancias se han reducido considerablemente la información que se transfiere adquiere un valor económico, político, militar y hasta comercial. La utilización masiva de los sistemas informáticos ha llevado a la aceleración del tráfico de bienes y servicios. En la actualidad se puede efectuar una transferencia electrónica de fondos, o enviar un documento entre personas distantes por miles de kilómetros en apenas unos segundos. Los ordenamientos jurídicos requieren ser adaptados a la nueva realidad social. Así se creó una nueva disciplina "la informática jurídica" que analiza como pueden utilizarse las computadoras en la actividad jurídica. Los usuarios van a tener que exigir legislaciones adecuadas para obtener las ventajas que les proveen la integración de las nuevas tecnologías, la informática, las comunicaciones, las redes, la digitalización, los desarrollos de software.

DOCUMENTO ELECTRONICO - CONCEPTO, CARACTERES

En primer lugar, debemos partir del concepto de "documento", para analizar posteriormente, las características que presenta el llamado "documento electrónico" que tiene en su estructura y su fundamento en el documento, existe en consecuencia una necesidad imperiosa de precisar el concepto de documento para trabajar sobre el mismo.

El Profesor Aurelio Tanodi (creador de la Escuela de Archivología de la Universidad Nacional de Córdoba), expresa que el más amplio significado se da en la documentología, en la cual abarca "todo el material de

bibliotecas, hemerotecas, archivos, colecciones documentales, de cualquier clase de soportes”. También es factible concebir el documento como un objeto material, elaborado o fabricado por el hombre que sirve como soporte para recibir y conservar un texto que registra algo.

En definitiva, en este caso por el tema que estamos tratando, podemos denominar documento, a todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma que en esa representación se exterioriza. Por lo tanto no sólo son documentos los que llevan signos de escritura, sino también todos aquellos objetos que como los hitos, planos, marcas, contraseñas, mapas fotografías, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas, videos, etc., poseen la misma aptitud representativa.

Hay consenso de los autores, repitiendo lo señalado anteriormente, en aceptar que documento en el sentido amplio “es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento capaz de representar un hecho que debe ser apto para producir efectos jurídicos”.

Los documentos son creados por el hombre, para que se comunique debe existir, un emisor, un receptor, un medio, un mensaje y un código. La ausencia de cualquiera de estos elementos impide la comunicación.

DIFERENCIAS DE MAQUINAS DIGITALES Y ANALOGICAS

Las máquinas digitales son aquellas que manejan información digital, o sea la representada mediante números (o dígitos, de ahí su nombre).

Lo opuesto a la información digital es la analógica que es la que maneja las cámaras de vídeo y fotografía tradicionales, los televisores, los radios, los teléfonos convencionales, los discos de acetato, etc.

Los dispositivos analógicos representan las cosas mediante patrones que imitan el mundo real. Un reloj analógico representa el tiempo a través de una analogía de rotación del planeta, Un reloj digital representa el tiempo mediante números.

DOCUMENTO ELECTRONICO - DOCUMENTO INFORMATICO

Numerosos autores, coinciden en denominar al documento guardado en el disco de la computadora (soporte magnético, aquel que puede ser manipulado, transmitido o tratado por un ordenador, no legible al ojo humano), documento electrónico; y al mismo documento, una vez sacado escrito por la impresora en una hoja de papel (soporte material), legible al ojo humano, lo llaman instrumento informático.

DOCUMENTOS INFORMATICOS COMO MATERIALES DE ARCHIVO

Se encuentra absolutamente comprobado que los documentos informáticos presentan una nueva preocupación a los profesionales archiveros, se ha demostrado que la práctica hace evolucionar a la teoría. Los documentos de diversa índole tales como los administrativos, de empresas, eclesiásticos, colegios u organizaciones de caridad, o de corporaciones internacionales han sido suficientemente estudiados, no obstante el cambio de formato físico nos plantea una duda de que si la teoría estudiada es válida o estamos en frente de la posibilidad de el cambio de la misma. Como respuesta a esto debemos estar seguros que los principios archivísticos básicos pueden y deben aplicarse a los documentos generados por la tecnología informática, no obstante la práctica archivística debe adecuarse a las necesidades del nuevo soporte.

El ordenador es un dispositivo de almacenamiento, la cinta, el disco, el cartucho, el diskette, el videodisco y el disco óptico son algunos ejemplos de los dispositivos de almacenamiento electrónico. El desafío peculiar de los documentos informáticos es que todos los formatos documentales previamente conocidos, textuales, fotográficos, audiovisuales, pueden ser almacenados en formato informáticos. Por medio de los ordenadores se almacena y manipula sistemas de bases de datos programáticos de carácter estadístico, mantiene bases de datos bibliográficos, indización, exploración y registro.

La tecnología digital, ofrece muchas ventajas, el mejoramiento de la imagen, la fidelidad de la copia, acceso por muchos usuarios a la vez y muchos formatos de salida. Nuestros archivos digitales se pueden compartir a través de Internet con muchos millones de personas.

Ahora bien está claro que el formato no altera la naturaleza del documento, así el formato tampoco altera los principios archivísticos..

Es evidente que los documentos que tienen como soporte el papel ha presentado siempre problemas de espació, cosa que los documentos electrónicos han solucionado y su transferencia al papel es de suma simplicidad y bajo costo, no obstante la preocupación más grande es la posible pérdida de información.

Tendremos que tener bien en cuenta que tipos de documentos informatizaremos, hay tipos de documentos que deberían estar informatizados desde su nacimiento, como ejemplo podríamos dar los relativos a los datos de los vehículos que cruzan una frontera donde deben llenar una solicitud de declaración del destino de los cargamentos.

La gestión de los documentos informáticos no resulta fácil, requiere de la interdisciplinariedad, los archiveros debemos estar al corriente de los cambios tecnológicos que afecten al formato de los documentos. La gestión de documentos informáticos no significa, sin embargo tener que crear de nuevo el mundo de la teoría archivística. Los principios archivísticos tradicionales, valores probatorios e informático, procedencia, niveles de ordenación y de descripción continuarán envolviendo la práctica archivística, esta práctica crecerá y cambiará, pero los principios permanecerán.

GESTION Y UTILIZACION DE LOS ARCHIVOS ELECTRONICOS

Se hace necesario el establecer normalización de sistemas y aplicaciones para poder crear y generar documentos electrónicos.

La tecnología moderna ha dado lugar a una serie de cambios fundamentales en todos los ámbitos de la actividad humana. Los desafíos y las oportunidades que presentan los archivos y documentos electrónicos a los profesionales obligan a un cambio radical en la función archivística, en materia de formación y experiencia y en cuanto a tareas y roles. Se deberá actuar con mucha sabiduría en el control de la creación de los documentos, es decir que sean auténticos, fiables y susceptibles de ser conservados. Esto nos dará la seguridad de que los documentos archivados permanecerán disponibles, accesibles y comprensibles, cuestión ciertamente problemática dependiente de la tecnología que no deja de cambiar y evolucionar con extraordinaria rapidez.

Instituciones de archivos y los archiveros, deben ejercer influencia en la elaboración de leyes, políticas, normas y métodos relativos a la gestión de documentos electrónicos.

CONSERVACION DE LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS

Las organizaciones recurren cada vez más a la tecnología digital para producir, procesar, almacenar, comunicar y utilizar la información que manejan durante sus actividades y operaciones, la cuestión del estatuto legal de los documentos electrónicos se aborda en el marco de intervenciones más generales de los archiveros encaminadas a garantizar el control de los documentos electrónicos con valor archivístico, a medida que los soportes en los que se conservan los documentos electrónicos quedan obsoletos es preciso transferirlos a nuevos soportes con objeto de mantener la disponibilidad de los mismos, es preciso mantener el aspecto físico de los documentos originales.

Es importante garantizar el acceso de estos documentos para dar confianza a nuevas leyes que los reglamenten.

REGIMEN JURIDICO DE LOS DOCUMENTOS ELECTRONICOS - VALOR PROBATORIO

Legislación relativa a los archivos:

En muchos países la legislación relativa a archivos no sitúa claramente los documentos electrónicos en el ámbito de las instituciones archivísticas. Se estudia el problema mediante un análisis comparativo centrado en las repercusiones y soluciones eventuales.

En cuanto a la admisibilidad del documento electrónico las críticas se dirigen en contra de la validez de la firma electrónica. La firma manuscrita tradicional no es aplicable al documento electrónico, es más hay una suerte de incompatibilidad de los medios informáticos con los de la exigencia de firma, generándose un problema al no aceptarse en forma unánime métodos sustitutivos de ella para aprobar la autoría de un documento e imputar responsabilidad por sus efectos.

Sin embargo hay consenso sobre la necesidad de aceptar la firma digital lo antes posible en las legislaciones de todo el mundo, por ser el sustento que permitirá, por ejemplo el desarrollo del comercio electrónico.

Una de las características esenciales del documento electrónico como medio probatorio es su posibilidad de permanecer en el tiempo (un documento que luego de ser creado desapareciera, no sería de utilidad alguna).

Con referencia al su valor probatorio, el documento electrónico tendrá valor como medio de prueba en la medida en que pueda ser considerado auténtico. Se considera auténtico el documento que puede ser atribuido con certeza a su autor. La autenticidad del documento electrónico está vinculada a la seguridad con que se opere en su proceso de elaboración y emisión. Un documento es auténtico cuando no ha sufrido alteraciones, es decir es más seguro cuando más difícil es alterarlo y cuando más fácil es verificar su alteración y reconstruir el texto originario. Cabe destacar que la posibilidad de alteración no es en el fondo mayor que la de otro documento cualquiera. A medida que la ciencia avanza, hay mejores medios de detección y mejores de falsificación, pero la informática, contra lo que se cree, tiene muchos medios de control que lo hacen confiable.

Otro tema que reviste importancia, en orden a determinar el valor como medio de prueba del documento electrónico, es el relativo a los originales y copias. Si tenemos por un lado, el documento grabado en un disco rígido (documento electrónico), el mismo documento es un soporte volátil (monitor), y a ese documento lo sacamos escrito por la impresora (documento informático), tendremos tres documentos: uno sobre soporte magnético, otro sobre soporte fósforo y el tercero sobre papel. Así estamos en presencia del mismo documento plasmado en diferentes soportes, los cuales “en apariencia”, todos revestirían, a los efectos del reconocimiento, el carácter de originales.

Existen muchas opiniones donde se especifica que no existe doctrina sobre el valor probatorio de los documentos electrónicos que siempre pueden ser manipulables, o al menos, las circunstancias de cada caso conocido ofrecen matices e interpretaciones muy diferentes que cada juez puede valorar en forma muy distinta, ya que existen jueces que son auténticos artistas del ordenador, así como otros que no saben nada de informática y lo que es peor no quieren saber de que se trata. Sin embargo, cada día aumenta el número de conflictos en los que un dato, en un soporte magnético, puede resultar clave.

INSERCIÓN DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN ARGENTINA

Nuestro Código Civil, regula el tema de la forma de los actos jurídicos conforme a la realidad social dentro de la cual fue redactado. En este sentido, "los instrumentos en el Código, conforme a la realidad de su época, están caracterizados por la doctrina y, a partir de la influencia del Código Civil francés, como documentos con soporte en papel que por pertenecer a la especie instrumental transmiten las ideas por escrito y en cuanto instrumento privado, conforme el art.1012 del Cod. Civil, requieren la firma, el art.1032 expresa que todo aquel contra quien se presente en juicio un instrumento privado firmado por él, será obligado a declarar si la firma es o no la suya, esta disposición se complementa con el art.1033 donde señala que ante el desconocimiento de la firma se ordenará el cotejo y comparación de la letra, pudiendo admitirse otras pruebas sobre la verdad de la firma que lleva el acto, el art.1026 expresa que el documento privado reconocido judicialmente por la parte a quién se le opone, tiene el mismo valor que el instrumento público..

A partir de estas consideraciones, es menester responder a la siguiente pregunta: ¿Que inserción legal tiene el documento electrónico dentro de nuestro ordenamiento jurídico?; planteada de esta forma la cuestión, debemos analizar separadamente la posibilidad de considerar al documento electrónico como instrumento privado, instrumento particular, y como instrumento público.

Para ingresar al estudio específico del tema propuesto en este punto, creemos conveniente precisar ciertos conceptos.

En primer lugar, se denominan instrumentos privados aquellos que las partes otorgan sin intervención de oficial público. Respecto de ellos, impera el principio de la libertad en las formas. Sin embargo, este principio no es absoluto, sino que reconoce dos limitaciones: la firma y el doble ejemplar.

En segundo término, instrumento público es aquel que se otorga con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público a quién la ley confiere la facultad de autorizarlo, el art.995 expresa que los documentos públicos hacen plena fe de las enunciaciones de hechos o actos jurídicos..., y el art.979 enumera los instrumentos públicos respecto a los actos jurídicos, todos tienen carácter de documentos escritos.

El art.973 nos habla de las formas define la misma como conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse respecto a la formación del acto jurídico, tales son, la escritura del acto, la presencia de testigos, que el acto sea hecho por escribano público, o por un oficial público, o con el concurso del juez del lugar, no obstante el art.974 especifica que cuando por este código, o por las leyes especiales no se distingue forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes.

Con relación a la posibilidad de asimilar el documento electrónico a un instrumento particular, el Código Civil no prohíbe la existencia de instrumentos que carezcan de soporte papel, conclusión que se sigue del art.1020 que establece que “para los actos bajo forma privada no hay forma alguna especial, las partes pueden tomarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes”.

La escritura, es sólo una forma de comunicación de las ideas que ha servido para caracterizar al instrumento por sobre el documento, que puede obtenerse hoy a partir de imagen y sonido (no puede afirmarse que el monitor de una computadora está en si mismo escrito)

El Código Civil no prohíbe la existencia de instrumentos particulares que comuniquen ideas en forma no escrita (de acuerdo a los arts.1191 y 1192, segunda parte, resulta que los actos jurídicos que requiriesen como forma ad probationem, la realización de instrumentos privados, podrán probarse por principio de prueba por escrito. (Este concepto no requiere para su configuración que el documento que se haga valer sea efectuado por escrito.)

Con relación a la exigencia de la firma para la existencia de instrumento privado, se expresa que ella ha servido clásicamente para imputar la autoría de un acto y para demostrar la voluntad de su autor, (respecto al primero de estos objetivos cabe señalar que diariamente se celebran gran cantidad de contratos por télex, en que los que la imputación de la autoría se realiza mediante identificación recíproca, es decir, que quien

recibe el mensaje inmediatamente pide su confirmación a aquella terminal que dice haberlo expedido; otro ejemplo lo constituyen las numerosas operaciones bancarias que se llevan a cabo mediante cajeros automáticos, los cuales no pueden leer la firma del cliente, pero sí reconocer a su titular con la sola lectura de la banda magnética de la tarjeta que contiene la clave que le ha sido asignada al usuario; en cuanto a la demostración de voluntad, ello se obtiene hoy por modos diversos de los señalados en los arts. 917 “La expresión positiva de la voluntad será considerada como tal, cuando se manifieste verbalmente, o por escrito, o por otros signos inequívocos con referencia a determinados objetos, y 918 “La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando haya una protesta o declaración expresa contraria”, (no ya por signos inequívocos escritos, sino por signos que resultan de la realización de actos inequívocos, como quien deposita una moneda en un teléfono público, es inequívoco que desea hablar por teléfono).

La realidad autoriza la existencia de instrumentos sin firma, es que a diario son más las operaciones y actos jurídicos que se realizan sin necesidad de firma que los que la exigen (por ejemplo, se admite en las cartas misivas, en los telegramas cuando no queda el original firmado en la oficina postal, en las tarjetas de crédito en cuanto son utilizadas en los cajeros automáticos, etc.).

El Código Civil no prohíbe la existencia de instrumentos no firmados, porque receptó la categoría de instrumentos particulares no firmados, así, el art.978 no distingue entre instrumento público y privado sino entre instrumento público y particular, el art.1188 se refiere a los contratos que deben ser hechos por instrumento público o particular, por su lado que los instrumentos particulares se dividen en firmados o no firmados, resulta no sólo del art.1190 sino también del art.1181 en cuanto menciona a los instrumentos particulares firmados, esa referencia a la firma sería sobreabundante si es que no fuesen autorizados instrumentos particulares no firmados; otro tanto resulta del art.1185 en cuanto expresa "hechos por instrumento particular, firmado por las partes", donde resulta que el instrumento particular también puede no ser firmado por las partes (pertenecen a esta categoría, entre otros, los ticket de supermercado, los contratos de transporte, facturas comerciales, etc.; (de esta forma el documento electrónico quedaría categorizado dentro de los instrumentos particulares no firmados), no siendo posible, en consecuencia, su asimilación a los instrumentos privados. El art.978 establece que el instrumento privado es uno de los modos de expresión de la voluntad por escrito, entendiéndose por escritura el trazado de signos convencionales sobre un soporte material. El documento electrónico es un documento escrito ya que está expresado en un lenguaje convencional

(bits), e impreso en un soporte magnético. Si bien el documento electrónico satisface este requisito, no ocurre lo mismo con la firma. En efecto la firma se caracteriza por ser autógrafa, es decir, de puño y letra del firmante, y por las características del documento informático no es posible, en la actualidad, estamparla.

Luego de estos conceptos afirmamos que en Argentina existen normas que regulan la utilización del documento electrónico, podemos mencionar las siguientes:

LEY DE FIRMA DIGITAL Nº 25.506/2001

A continuación se efectuará un resumen, por capítulos, de los contenidos de esta importante ley tan esperada por aquellos que manejan la información en soporte digital.

Capítulo I – Consideraciones Generales

Esta ley describe detalladamente en que consiste la firma digital y avanza expresando “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital...”.

Se establece exclusiones, es decir los casos en que no es aplicable la firma digital.

Define al documento digital “La representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”.

Establece los requisitos para la validez de la firma digital e introduce la necesidad de un “Certificador Licenciado”

Originales: los documentos electrónicos firmados digitalmente reproducidos a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, será considerados originales y en consecuencia tendrán valor probatorio como tales.

Conservación: se exige que sean accesibles para su posterior consulta y permitan determinar fehacientemente de origen, destino, fecha y hora de generación, envío y/o recepción.

Capítulo II – De los certificados digitales

Define al certificado digital al documento digital firmado digitalmente por un certificador, que vincula los datos de verificación de firma a su titular.

El período de vigencia del certificado digital es limitado, es decir tiene expresado la fecha de vencimiento.

Se reconocerá los certificados extranjeros si se ajustan a las exigencias de ley.

Capítulo III – Del certificador licenciado

Certificador Licenciado: a toda persona de existencia ideal, registro público de contratos u organismo público que expide certificados, presta otros servicios en relación con la firma digital y cuenta con una licencia para ello, otorgada por el ente licenciante.

Certificados por Profesión: las entidades que controlan la matrícula, en relación a la prestación de servicios profesionales también podrán emitir certificados.

En este capítulo se detallan las funciones y obligaciones del certificador.

Capítulo IV – Del Titular de un Certificado Digital

El titular de un certificado digital tiene el derecho de ser informado previo a la emisión de dicho certificado.

El titular de un certificado digital debe mantener el control de sus datos

Capítulo V – De la Organización Institucional

Crea el sistema de auditorias para evaluar la confiabilidad y calidad de los sistemas utilizados

Capítulo VI – De la Autoridad de Aplicación

La autoridad de aplicación de esta ley es la “Jefatura de Gabinete de Ministros”.

Detalla las funciones y obligaciones de esta autoridad

Capítulo VII – Del Sistema de auditoria

El ente licenciante y los certificadores licenciados, deben ser auditados periódicamente, de acuerdo al sistema de auditoria que diseñe y apruebe la autoridad de aplicación.

Capítulo VIII – De la Comisión Asesora para la Infraestructura de Firma Digital

Esta comisión estará integrada multidisciplinariamente por un máximo de 7 (siete) profesionales de carreras afines a la actividad de recorrida trayectoria y experiencia, provenientes de Organismos del Estado Nacional, Universidades Nacionales y Provinciales, Cámaras, Colegios, u otros entes representativos de profesionales.

Los integrantes serán designados por el Poder Ejecutivo por un período de 5 (cinco) años renovables por única vez.

Capítulo IX – Responsabilidad

Los certificadores licenciados serán responsables si no se adecuan a esta ley.

Capítulo X – Sanciones

La violación de las disposiciones de la presente ley serán sancionadas por el ente licenciante. Es aplicable la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549 y sus normas reglamentarias.

Capítulo XI – Disposiciones Complementarias

Se especifica que el Estado Nacional utilizará las tecnologías y provisiones de la presente ley en su ámbito interno y en relación con los administrados de acuerdo con las condiciones que se fijen reglamentariamente en cada uno de sus poderes.

Promoverá el uso masivo de la firma digital de tal forma que posibilite el trámite de los expedientes por vías simultáneas, búsquedas automáticas de la información, seguimiento y control por parte del interesado, propendiendo a la progresiva despapelización.

Resolución N° 45/97 de la Secretaría de la Función Pública; se autorizó el empleo en el ámbito de la Administración Pública Nacional de la

tecnología para la utilización del documento electrónico y la de la firma digital.

Instrucción 34/94 de la superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones: (boletín oficial N° 27.920 del 28/06/94): “Los registros auxiliares deberán actualizarse mensualmente, y su respaldo físico se hará en microfichas”.

Resolución General N° 474/99 de la Administración Federal De Ingresos Públicos: establece un régimen optativo de presentación de declaraciones juradas impositivas y provisionales mediante un sistema de transferencia electrónica de datos a implementarse en entidades bancarias.

Resolución N° 293/97 de la superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones - AFJP y la firma digital: se implementa el sistema de Telecomunicaciones de la AFJP con el fin de establecer un correo electrónico entre las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones de éste Organismo. Entre varias cláusulas se estipula que los participantes deberán arbitrar los medios para archivar y conservar en soportes que garanticen perdurabilidad e inmutabilidad las CED (diversas documentaciones de las AFJP) emitidas y recibidas que sean necesario y por los plazos que determinen las disposiciones vigentes.

Comunicación “A” – 2057 del 29/1/93: donde el Banco Central de la República Argentina, autoriza a entidades financieras a conservar en sustitución de los originales: fotografías, microfilmaciones o reproducciones electrónicas de determinados documentos.

Ley N° 24624/95: (sustituye el art.49 de la Ley 11672), expresa “La documentación financiera, la de personal y la de control de la administración pública Nacional, como también la administrativa y comercial que se incorpore a sus archivos, podrán ser conservados y archivados en soporte electrónico u óptico indeleble.

Código de Comercio: El art.43 expresa que las constancias contables se complementarán con la documentación respaldatoria, el art.44 exige archivar en forma ordenada la documentación contable y el art.67 se refiere a la conservación de la documentación por diez años.

EL DERECHO A LA PRUEBA

La regulación de los medios de prueba difiere de un país a otro, e incluso dentro del mismo.

En general el valor probatorio de los documentos electrónicos en los tribunales es escaso.

Es importante mentalizar a los creadores de software sobre el concepto de archivo lo que dará muestra de las responsabilidades en cuanto a la conservación del patrimonio documental.

PRUEBA DEL DAÑO INFORMATICO

En los tiempos que corren nadie ignora la importancia del tratamiento automatizado de la información, y que la informática se ha instalado en la vida social para quedarse con elevada trascendencia sobre la economía, el trabajo, la política, etc. El sector informático aparece con gran dinamismo y tiene un crecimiento sostenido, determinado principalmente por una fuerte inversión en investigación, y se advierte que es una importante fuente de poder, especialmente por el hecho de estar destinada al manejo de uno de los elementos de mayor trascendencia en la sociedad posmoderna: la información, que sirve de base al conocimiento.

Es igualmente sabido que ella ha traído al derecho una serie de preocupaciones hasta cierto punto novedosas, por ejemplo, los instrumentos informáticos se componen de elementos que no eran fácilmente ubicados en las categorías tradicionales con que nos manejamos jurídicamente.

Acepción Restringida y Amplia del Daño Informático:

Se entiende por daño informático, el menoscabo o la lesión que recae sobre las cosas o bienes informáticos. Y son tales los objetos materiales e inmateriales susceptibles de ser valorados pecuniariamente que participan en el tratamiento automatizado de la información. Consecuentemente el daño informático recae sobre el hardware, el software y el firmware o sobre los procesos que en ellos se desarrollan para el tratamiento de la información.

Los riesgos informáticos son muchos, entre ellos podemos mencionar:

La reducción de la persona a un conjunto de datos: tales como las solicitudes que se llenan para acceder a desempeños laborales.

La comisión de delitos por medio de computadoras: la jurisprudencia de nuestro país comienza a ocuparse de delitos cometidos mediante la utilización de computadoras, y así se estipula que comete el delito de hurto y no de estafa quien mediante una computadora realiza transferencias bancarias de una cuenta a otra, apoderándose de ese modo de una suma de dinero.

Constancias no firmadas: tal sucede en forma habitual cuando efectuamos depósitos o retiros a través de cajeros automáticos

expidiendo un recibo que en realidad es un documento sin firma y el único comprobante que tiene el cliente de la operación realizada con el banco.

En la actualidad existen posibilidades de que los cheques sean suscriptos por una firma electrónica, contando con la autorización del Banco Central de la República Argentina del sistema electrónico de reproducción de la firma o sustituto, la que se concede siempre que la implementación asegure la confiabilidad de la operación de emisión y autenticación conforme a reglamentación.

RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE DE HARDWARE O CREADOR DE SOFTWARE

En orden a la responsabilidad del productor de hardware o software por los daños provocados por defectos de diseño o fabricación la doctrina tiene sólidamente elaborada la teoría de responder en tales casos.

El artículo 40 de la Ley N° 24.999 establece: "Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán al productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá..."

El artículo 1113 del Código Civil, refiriéndose al daño al consumidor que, resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, toda vez que ellos son derivados de un evidente "defecto de diseño" de los sistemas, ya sean de hardware, firmware o software.

Los daños causados por virus son estipulados en el artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, del Código Civil. Presumiéndose la responsabilidad hasta tanto el dueño acredite la causa ajena, sea de la culpa de la víctima, del hecho del tercero o el caso fortuito ajeno a la cosa.

CONCEPTO SOBRE COMERCIO ELECTRONICO

Entendemos como comercio electrónico todas aquellas, transacciones realizadas por medios electrónicos sea que se trate de bienes, servicios, información y fondos de dinero, en redes abiertas o cerradas, a través de computadoras interconectadas entre si por medio de los servicios de telecomunicaciones normales. Importante resulta para salvar esta confusión el reconocer la necesidad de crear un marco legal que de seguridad y certeza jurídica a las partes que están en relación contractual, y de reconocer como principio básico que, "Transacciones

aseguradas y respaldadas legalmente", son los elementos que constituyen la primera piedra del ejercicio del comercio electrónico.

Las redes, como se mencionó anteriormente las podemos clasificar de dos tipos:

Abiertas: no existe normativa legal o administrativa que regule actualmente el Comercio Electrónico y la transferencia de información, fondos y valores electrónicos en redes abiertas tales como Internet.

Cerradas: en diferentes países existen normas específicas dictadas fundamentalmente por la autoridad administrativa que regulan la transferencia electrónica de valores relacionados con planillas electrónicas previsionales, de salud, de derechos aduaneros, declaraciones de exportación e importación, etc.

EL DERECHO DE AUTOR EN EL COMERCIO ELECTRONICO

Legislaciones sobre derecho de autor protege los derechos, que por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren sus autores, cualquiera sea su forma de expresión y los derechos con los que de ella emanan.

Entre las obras amparadas por este derecho se encuentran libros, artículos, enciclopedias, etc, obras musicales, audiovisuales, fotografías y los programas computacionales.

A nivel internacional, en 1996 se negociaron y acordaron dos nuevos instrumentos, precisamente teniendo en cuenta que el derecho de autor es el más vulnerable frente a las nuevas tecnologías de la información. Uno de estos instrumentos es el "Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor", y el otro el "Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas".

Ambos tratados reconocen la existencia de Internet como un ámbito en el cual los autores, ejecutantes, artistas, intérpretes, productores gozan plenamente de sus derechos de propiedad intelectual. Se indica expresamente que son los llamados exclusivamente a autorizar la reproducción, o distribución, venta de las obras en el nuevo escenario planteado por la tecnología.

Los derechos de autor, de privacidad y de publicidad, así como las cuestiones de obscenidad y difamación, si no se tratan de manera adecuada, pueden conducir a demandas judiciales y arreglos entre las partes que pueden resultar algo costosos. En el caso de nuestros archivos si la digitalización no se realiza con una selección consciente, el resultado puede ser la creación de archivos digitales que no se pueden utilizar eficazmente a causa de las restricciones legales. Por lo tanto determinar la situación legal de los materiales candidatos es un aspecto crucial en cualquier proyecto digital.

LOS NUEVOS DERECHOS EN MATERIA DE PROTECCION DE DATOS PERSONALES

La revolución tecnológica a la que asistimos y en la que estamos inmersos merced a los continuos progresos en el campo de las ciencias informáticas, ha hecho posible entre otras cosas la creación, acceso y entrecruzamiento de enormes bancos de datos con todo tipo de informaciones. Esto no sólo acarrea riesgos para los derechos de las personas por el uso indebido de los datos e informaciones acerca de ellas que provienen de los gobiernos, sino también de empresas que a una escala nunca antes conocida, se dedicaban a la recolección y a la difusión de datos. El poder de las mismas ha llevado a los gobiernos a tomar medidas activas para restringir o controlar el inmenso poder que ostentan.

La evolución del concepto clásico del derecho a la intimidad: La formulación contemporánea del concepto de intimidad se debió a dos jóvenes juristas norteamericanos, Barren y Brandeis, quienes lo definieron en 1890 como el “derecho a estar solo”, en las épocas actuales fue necesario incorporar la intimidad informativa frente a la avalancha tecnológica.

El británico Laurence Tribe, en su obra “American Constitutional Law”, habla de un derecho a controlar la masa de información por la que se define la identidad de una persona, como parte del derecho a preservar la identidad de lo que cada persona desea mostrar a la sociedad.

También el Supremo Tribunal Constitucional Español sostiene que la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona.

En Argentina, la importancia de este texto constitucional radica en el hecho de haber sido una de las fuentes de derecho extranjero más utilizadas en el ciclo constituyente provincial que se abre en nuestro país a partir de 1985, y que procedió y sirvió de fuente a la reforma constitucional nacional de 1994. La Constitución provincial, en su reforma de 1987 al reconocer en el art.50 el derecho que toda persona posee a conocer lo que de él conste en forma de registro, en los términos siguientes: “Toda persona tiene derecho a conocer lo que de él conste en forma de registro, la finalidad a que se destine esa información y a exigir su rectificación y actualización. Dichos datos no pueden registrarse con propósitos discriminatorios de ninguna clase ni ser proporcionados a terceros, excepto que tengan un interés legítimo. La ley reglamenta el uso de la informática para que no se vulneren el honor, la intimidad personal y familiar y el pleno ejercicio de los derechos”

Nuestra Constitución Nacional en el tercer párrafo del art.43 da las bases sustanciales del hábeas data, concibiéndolo como una especie de amparo, ya que lo presenta como una variante de esta acción después de describir la de amparo, es decir para salvaguardar la libertad de las personas en la esfera informática.

Nuestra Ley Nacional Nº 25.326 presenta principios generales relativos a la protección de datos y los derechos de los titulares de los datos

LA INFORMATIZACION COMO NECESIDAD DEL JURISTA

El jurista en nuestra sociedad industrial moderna, necesita además de sus conocimientos básicos y acostumbrados, un amplio panorama orientador sobre las normas vigentes. Pero estas se multiplican a ritmo febril. Los jueces, los fiscales (administradores de la justicia) y los abogados, activos en la aplicación del derecho, no disponen del tiempo necesario para informarse acerca de los instrumentos actualmente a su disposición. Esta circunstancia lleva a la necesidad de multiplicar las fuentes jurídicas de información, lo que genera una creciente inseguridad. Hay que remediar esta evolución de carácter negativo. Un instrumento apropiado está dado por la computación electrónica de datos.

Los técnicos de la informática jurídica tratan de adecuar la nueva disciplina a las formas y sistematización tradicionales del derecho e investigan la posibilidad de su aplicación a cada una de sus ramas principales, ello es el derecho constitucional, administrativo, penal, civil, procesal, etc., en suma la informática jurídica documental tienen como objetivo el reemplazo de los métodos tradicionales del tratamiento de la información (en la actualidad ineficaces), por sistemas informáticos que permitan el ingreso, archivado y recuperación de datos de interés para la ciencia jurídica.

El juez para resolver un caso particular seguirá las reglas de la sana crítica que consiste en un método científico que tiene por objeto determinar cuál de las posiciones de un pleito es la correcta, la conclusión obtenida por el juez, respecto de los documentos y su relación con el objeto litigioso, le permitirá llegar a una sentencia de mérito. Toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre el derecho discutido o negado. Por ello la prueba se constituye esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva. De acuerdo a lo expresado, los jueces, con los elementos actuales, pueden actuar y considerar el documento electrónico dentro del proceso, con suficiente grado de certeza, conforme

a las reglas de la informática. Sin embargo el documento electrónico puede ser inútil cuando la forma soporte papel, la grafía sobre el mismo y la firma son requeridas ad probationem o ad solemnitatem.

APRECIACION FINAL

Hoy en día es una constante la evolución de tecnologías en el campo de la informática, por esto, “la forma” en que se expresan los actos humanos cobra una principal figura.

El documento que es el objeto de nuestra ciencia emergente, la archivología, muestra un cambio con respecto al soporte que contiene la información. En su definición queda expresado que el documento prescinde de la forma, es decir que el formato no altera la naturaleza del mismo.

El documento electrónico, objeto de nuestro estudio, es aceptado en nuestro código civil, con la característica de documento particular.

Seguramente en un futuro no lejano nuestro código, deberá ser modificado para adecuarse a los nuevos formatos de documentos.

El valor probatorio de los documentos electrónicos e los tribunales es escaso, pero sirven como complemento de una prueba, que en definitiva puede ayudar a la decisión del juez interviniente.

Responsabilidad y Cuidados

Nosotros, los profesionales archiveros, como custodios del patrimonio documental, debemos ser cautos en la elección de estos soportes, procurando que los medios informáticos que contienen la información nos garanticen perdurabilidad, seguridad en el almacenado y posibilidad de que frente a nuevas tecnologías para guardar información, puedan ser transferidos sin ningún tipo de riesgo, es decir que los programas sean compatibles. En este sentido vale tener leyes claras con respecto a la responsabilidad del fabricante de hardware y software.

Una cuestión primordial es saber discernir que tipo de documentación podemos informatizar, para esto vale tener presente las legislaciones vigentes que seguramente en este momento nos resultan escasas, pero tomemos conciencia que existen normativas al respecto.

Otro punto a tener en cuenta cuando tengamos la responsabilidad del manejo de información de grandes masas documentales y estas sean tratadas digitalmente, son las normativas sobre derecho de autor que nos permitirán brindar información con el debido respaldo legal.

Con respecto a la firma digital, habrá que estar atentos a los nuevos aportes de la tecnología. La firma digital en un futuro inmediato será aceptada en todas las legislaciones del mundo. Pero hoy cuando tengamos que proceder al uso de la misma, tal como lo hemos manifestado en este trabajo, debemos estar seguros de contar con el respaldo legal pertinente.

Por último no olvidemos los principios archivísticos de procedencia y orden original aplicables a estas nuevas tecnologías para el resguardo de la información.

BIBLIOGRAFIA

Trudy Huskamp Peterson: Anuario Interamericano de Archivos Vol XIV - de. Centro interamericano de Desarrollo de Archivos, Córdoba, 1990

Salas, Acdeel Ernesto, Código Civil anotado, legislación Argentina vigente, 2da. Edición, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1972.

Código de Comercio de la República Argentina, 8º edición, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1980.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba: Conferencia sobre el documento electrónico – La contratación electrónica, 1999, Expositores Not. Mauricio Devoto, Dr. Horacio Roitman y Escr. Juan Angel De La Fuente.

XIV Congreso Internacional de Archivos - Sevilla 2000 - España: Ponencia de Magdalena Canellas Anoz (Directora del Archivo General de Indias.

XIV Congreso Internacional de Archivos - Sevilla 2000 - España: Ponencia de Kenneth Thibodeau - EEUU - Director del Programa Archivos Electrónicos.

XIV Congreso Internacional de Archivos - Sevilla 2000 - España: Ponencia de Verne Harris - Sudafrica - Director Adjunto del Archivo Nacional de Sudáfrica.

PARELLADA, Carlos A.: Revista de Derecho de Daños, La prueba del daño - II, De. Rubinzal - Culzoni, Santa Fé, Argentina, 1999.

DRIMER, Eduardo: La Armonía del Cambio en los Archivos, Edit.Osmar D. Bugatti – Librería Editorial.

ALA: Revista de la Asociación Latinoamericana de archivos, Ed. Gráficas Europa Ltda. Nº 22, Bogotá, Colombia, 1999.