

Prueba electrónica

Nociones Generales

Diego Oscar Mirkouski¹

SUMARIO: I) Prueba Judicial. Nociones preliminares; II) prueba electrónica en el proceso civil; III) Documentos electrónicos; IV) Registros en particular, V) Formas de acreditación de la prueba en el proceso; VI) Cadena de custodia; VII) medidas de acción; VIII) Conclusión; IX) Anexos

RESUMEN: En este Trabajo de Investigación trataremos de abordar y sistematizar, desde la doctrina, jurisprudencia y la legislación vigente, el estudio de la Prueba Electrónica en la República Argentina y en particular los correos electrónicos y Whatsapp como medios de prueba en el marco de un proceso civil de la forma más íntegramente posible, para poder de esta manera, esgrimir una serie de posibles soluciones y/o algunas medidas de acción que se podrían implementar con el fin de resguardar los derechos de los ciudadanos y mejorar el servicio de justicia.

PALABRAS CLAVE: Medios Digitales - Derecho Civil - Documentos Electrónicos - Elementos Probatorios - Validez Probatoria.

I.- Prueba judicial. Nociones preliminares

a) Concepto

¹ DIEGO OSCAR MIRKOUSKI. DM Consultoría Legal – Socio Fundador. Abogado (UBA). Doctorando en UNLZ. Especialización en Derecho Penal y Criminología (UNLZ). Diplomatura en Transparencia Pública y Prevención de la Corrupción (USI). Diplomatura en Lavado de Activos, Compliance y Control de Riesgos (UNSAM). Posgrado en Derecho Procesal y Defensa del Estado (ECAE). Posgrado en Derecho Tributario (ECAE). CPACF T° 108 F° 176. CADJM T° IX F° 139. CFALP T° 202 F° 235. Celular:(011)15-37880685/(02474)15-490771. Mail: drmirkouski@hotmail.com

La Real Academia Española la define como “una razón, un argumento, instrumento u otro medio con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de algo” (R.A.E., 2018).

En Derecho, es necesario hablar de las distintas acepciones que tiene la palabra prueba: por un lado se refiere a prueba como la demostración de un hecho, su veracidad, su existencia o inexistencia. Por otro lado, alude a aquellos medios con los que se pretende demostrar, llamados medios de convicción o prueba testimonial, documental, confesional, etc. La prueba en cuanto al hecho de producción de la prueba, vale decir, hacerla valer ante el juez con un procedimiento formalmente establecido a la actividad probatoria, la actividad procesal de probar, “actividad procesal, realizada con el auxilio de los medios previstos o autorizados por la ley encaminada a crear la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes en sus alegaciones” (PALACIO, 1998).

Doctrinariamente, uno de los conceptos más utilizados en los últimos años, de prueba judicial es aquel que la define como una “comprobación judicial, por los modos que la ley establece, de la verdad de un hecho controvertido del cual depende el derecho que se pretende” (ALSINA, 2008).

Con este fin, resultan importantes las nociones de medio, fuente, objeto y elemento de prueba, que otorgan mayor claridad al estudio de la temática. A continuación se desarrollaran:

- Objeto: Se ha dicho que es objeto de prueba judicial, todo aquello que puede ser susceptible de demostración histórica, es decir, son los hechos presentes, pasados o futuros, y lo que puede asimilarse a estos. Este concepto es amplio, debiendo concretizarse luego en cada proceso, para lo que cobra especial relevancia, la delimitación de la materia debatida, y las nociones de relevancia, pertinencia y utilidad de la prueba (DEVIS ECHANDÍA, Compendio de la Prueba Judicial, 2001, pp. 73/79).
- Fuente: cuando se alude a fuente de prueba en cambio, se apunta a los hechos que constituyen la fuente de conocimiento, que pueden ser hechos representativos de otros o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales a las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas, y aún las personas físicas o naturales, de donde pueda deducirse la prueba de

otros hechos o de ellos mismos (DEVIS ECHANDÍA, Compendio de la Prueba Judicial, 2001, p. 132).

- Medio: el medio refiere a los métodos aceptados en cada ley procesal como vehículo de la prueba, es decir, los caminos delineados por la ley, para introducir válidamente una prueba al proceso (DEVIS ECHANDÍA, Compendio de la Prueba Judicial, 2001, p. 23).
- Elemento: Finalmente el elemento alude al dato obtenido a partir de la prueba producida mediante un medio legalmente admitido.

b) Principios generales de la prueba

- *Principio de necesidad de la prueba: “el hecho de que se alega necesariamente debe ser probado”*

El profesor FRAMARINO, nos enseña que los hechos alegados por las partes necesariamente deben ser probados para que sobre esa certeza el juez pueda decidir su sentencia.

- *Principio de unidad de prueba: es decir el análisis de la prueba se realiza en su conjunto*

El profesor PEYRANO, ha dicho que esta regla general establece que la prueba debe ser considerada en su conjunto. No podría el juzgador, llegar a una certeza ni a una sentencia justa si analizó cada elemento probatorio incorporado, por separado, uno por uno.

Por su parte, DEVIS ECHANDIA ha dicho que este principio está íntimamente relacionado con el sistema de valoración de la prueba de la “saca crítica” por parte del juez, ya que solo se llegará a una convicción acerca de la existencia o no de los hechos, si se analiza la prueba en su totalidad.

- *Principio de comunidad de la prueba: beneficia a todo el proceso, no solo al aportante*

El reconocido jurista KIELMANOVICH, ha afirmado que tanto en el proceso civil como en el proceso penal, el resultado de la actividad probatoria deja de ser de quien la produjo o aportó, si no que rige el principio de comunidad de la prueba o también llamado de adquisición, la prueba le pertenece al proceso por lo que no solo la parte que aportó se beneficia y la contraria se perjudica, sino que podría, esta última, beneficiarse en alguna instancia de la prueba ya incorporada a

autos, según analiza. Tampoco será posible el desistimiento ni la renuncia de los medios probatorios por ninguna de las partes una vez incorporada.

- *Principio de la contradicción de la prueba: ligado directamente al derecho de defensa en juicio, no hay proceso sin debate contradictorio. Es decir, que al derecho de defensa en juicio es el principio de la contradicción de la prueba, por eso se dice que tiene raigambre constitucional (art. 18 C.N.), es que no hay proceso sin debate, porque una prueba presentada a espaldas o sin comunicación a la contraria caería, indefectiblemente, en la ineficacia. Siempre la prueba debe ser producida con audiencia o intervención de la contraparte, permitiéndole la posibilidad de emitir prueba en descargo*

En esta línea, DEVIS ECHENDIA afirma que “debe gozar de oportunidad procesal para conocerla y discutirla”.

- *Principio de legalidad: toda prueba adquirida ilícitamente es inválida, ya que viola las garantías constitucionales*

Conviene recordar, que la prueba será ineficaz tanto esté prohibida expresa o implícitamente por las leyes, como aquella que se ha adquirido de manera ilícita pero es válida en sí misma y, por otra parte, la ilicitud debe provenir no de la violación de normas procesales, si no de la violación de garantías y derechos constitucionales.

Es por ello, que la demostración de los hechos, por parte de las partes en un proceso, debe respetar la dignidad y libertad de las personas, por ejemplo no se podría valorar una prueba confesional obtenida por medio de apremios ilegales.

En el ordenamiento jurídico argentino, en su artículo 378 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reza que: “*La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten a la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros o no estén expresamente prohibido para el caso*”.

- *El principio de inmediación de prueba: esta regla exige el contacto personal e inmediato que debe tener el juez, sea con las personas, hechos y cosas que son introducidas al proceso como prueba, de modo que pueda alcanzar una real coincidencia entre el hecho percibido y el hecho objeto de prueba*

El profesor CARNELUTTI, ha señalado que el juez debe tener un papel activo en la producción de la prueba, que si bien es señorío de las partes probar, no

puede delegar todo sobre ellas. El conocimiento inmediato, personal sin mediación de nadie, llevará a la eficacia de la prueba y al cercioramiento del juez sobre la veracidad de los hechos. Al mismo tiempo, ha dicho que “la prueba es tanto más segura cuanto más próximo a los sentidos del juez se halle el hecho a probar”.

- *Principio de Oralidad de la prueba: determina que medio es el más indicado al momento de expresar la prueba*

Este principio se encuentra relacionado con el principio de inmediación, podemos decir que el juzgador debe procurar encontrarse con las personas que intervienen en la causa, para poder percibir con sus sentidos las acciones y declaraciones de ellos.

- *Principio de la Originalidad de la prueba: tiene como finalidad determinar qué medios probatorios serán los más idóneos para demostrar los distintos hechos controvertidos en el proceso*

El profesor KIELMANOVICH, ha precisado que el medio de prueba ofrecido deberá referirse a la fuente original e inmediata de la cual se pretende extraer la representación de los hechos. La prueba que viole este principio, será considerada ineficaz, y se deberá probar con el medio idóneo, por ejemplo probar un contrato si la parte posee o sabe que tercero posee el documento, es inútil probarlo con una testimonial.

Por su parte, DEVIS ECHANDÍA expresa que: “...si existen los testigos presenciales, debe oírseles directamente en vez de llamar a quienes se limiten a declarar sobre lo que aquellos les informaron; o si existe un documento original del contrato, debe alegársele en vez de construirlo con testimonios... ”.

- *Principio de Publicidad de la Prueba: deben ser públicas para las partes y terceros interesados*

c) Objeto y hechos

El derecho procesal progresista, en la teoría generalizada de la prueba se ha admitido que lo que se prueba son los hechos, demostrar la existencia de estos, si ocurrieron o no, es lo que dará al juez certeza para dictar sentencia.

En su artículo 377 el Código Procesal Civil y Comercial Nacional (en adelante CPCCN), en sus dos primeros párrafos deja claro que lo que se debe probar son los hechos: “*Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho*”.

controvertido o de un precepto jurídico, que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.” y en su próximo párrafo establece “Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invoque como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”

El reconocido jurista argentino, PALACIO ha consignado que siguiendo con la teoría general de la prueba, debemos centrarnos en que hechos se deben probar, porque no todo hecho causa una consecuencia jurídica o trae aparejado un interés para la litis. En tal sentido, ha afirmado que hechos, en el proceso, son *“todos aquellos sucesos o acontecimientos externos o internos susceptibles de percepción o deducción”* (PALACIO, 2008).

Para KIELMANOVICH “los hechos pueden servir como causa de la pretensión o de la defensa, son objetos de pruebas y a su vez sirven para fundamento de la sentencia”. En relación con eso, podemos realizar la siguiente clasificación en cuanto a que los hechos objetos de prueba son: i) el hecho articulado y ii) el hecho controvertido y conducente; y los hechos que no son objetos de prueba: i) el hecho notorio, ii) el hecho presumido por la ley, iii) el hecho admitido, iv) el hecho no afirmado y v) el hecho cuya prueba prohíbe la ley.

d) Hechos objeto de prueba

- *El hecho articulado*

El profesor GUASP, ha dicho que el proceso civil tiene base dispositiva, es decir, que a diferencia del penal, lo que predomina es la voluntad de las partes, ellas son las que fijan límites, determinan el objeto de la litis y aportan material probatorio. Como bien diría Guasp “*quot non est in actis, non ist in mundo*”, que podríamos significar, que ningún hecho puede llegar sino a través de las partes y por consiguiente no existe, procesalmente hablando, si no ha sido incluido en una declaración formulada por alguna de aquellas (GUASP, 1959).

En el artículo 364 del CPCCN, reza que *“no podrán producirse pruebas, si no sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos”*.

En consecuencia, solamente serán objeto de prueba en la litis, aquellos hechos que hayan sido introducidos, articulados o alegados por alguna de las partes de manera correspondiente, en escritos constitutivos de demanda, reconvención, excepciones y sus contestaciones y excepcionalmente se admiten hechos nuevos.

Como bien lo establecido en el artículo 365 CPCCN, que dispone: *“Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvención, ocurriese o llegase a conocimiento*

de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta 5 días de notificar la audiencia del artículo 360 (audiencia preliminar)...”.

Al mismo tiempo el artículo 163 inciso 6° del código ritual, prescribe que la *“sentencia podrá hacer mérito sobre hechos constitutivos, modificatorios, o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”.*

- *El hecho controvertido y conducente*

En su artículo 377 CPCCN dice que: *“Incumbirá la carga de la prueba, a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido...”.*

KIELMANOVICH ha señalado que *“el hecho afirmado por una parte, no admitido expresamente por su adversaria, adquiere por esa sola razón, la cualidad de controvertido para el proceso, y se convierte a raíz de ello en objeto de prueba”* (KIELMANOVICH, 2001).

En otro orden de cosas, el hecho sea controvertido, debe ser conducente, recordaremos aquí que nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 359 prescribe que *“Si se hubiesen alegado hechos conducentes, acerca de los cuales no hubiese conformidad entre las partes, aunque estas no lo pidan, el juez recibirá la causa a prueba...”.*

El doctor ARAZI, ha señalado que el hecho sea conducente, está relacionado con su virtualidad e importancia para resolver el conflicto. Para el saber, conducente y pertinente son sinónimos, si el hecho no tiene la capacidad de influir en la decisión del conflicto, no tendrá calidad de hecho probatorio (ARAZI, 1991).

- *Hechos exentos de prueba*

i) El hecho notorio: El artículo 364 del código ritual, en su segundo párrafo expresa que: *“No serán admitidas las que fueren (las pruebas) manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”.*

PALACIO afirma que son hechos *notorios* *“aquellos que son conocidos y tenidos como verdaderos por la generalidad de las personas de mediana cultura, en el lugar y en el tiempo en el que se desenvuelve el proceso”* (PALACIO, 2008).

ii) Hecho presumido por la ley: En el campo legal existen dos presunciones, las presunciones iuris tantum y las presunciones iuris et de iure, estas últimas no admiten prueba en contrario y las otras, iuris tantum, invierten la carga de la prueba

y autoriza que se pruebe en contra de lo que la norma dispone. En tal sentido, podemos expresar que estas presunciones son normas que disponen como debe resolverse un conflicto.

iii) El hecho admitido: El reconocido jurista KIELMANOVICH, nos enseña que el hecho admitido no puede ser objeto de prueba, deberá tratarse de un hecho admitido expresamente, ya que el tenido como admitido, o sea el admitido tácitamente, no le quita la calidad de controvertido, en este último caso el juez podrá pero no deberá tener por ciertos tales hechos.

iv) El hecho no afirmado: Está claro, que un hecho no afirmado en su momento, no existe dentro del proceso, y no será objeto de prueba. Las excepciones se podrían dar, en un proceso dispositivo como el civil, cuando son hechos nuevos no articulados y sobrevinientes (cfr. artículo 365 CPCCN).

v) Hecho cuya prueba prohíbe la ley: No apunta al medio de prueba como ilícito, sino que al pretender probar el hecho estaríamos sobre un procedimiento inadmisibile. El doctor KIELMANOVICH, cita como ejemplo de la indagación de la maternidad cuando tenía por objeto la atribución del hijo a una mujer casada.

e) Carga de la prueba

De forma preliminar, conviene memorar que no es una mera facultad probar, ya que de ser así las partes podrían elegir entre probar y no probar, la carga de la prueba no es algo que se pueda hacer, sino algo que se debe hacer, es el cumplimiento de una conducta fijada.

En esta línea de pensamiento, KIELMANOVICH ha dicho que es distinto de una obligación procesal, que es un imperativo impuesto para el interés de un tercero, el trabajo de probar, su cumplimiento o incumplimiento, beneficia o perjudica a la parte interesada en llegar al convencimiento del juez, sin acarrear ninguna sanción.

El ordenamiento jurídico de nuestro país, en su artículo 377 del CPCCN dice que: *“Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer”* y en su segundo párrafo reza *“Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.”*

El reconocido jurista argentino PALACIO, ha señalado que el nuevo código de fondo contempla preceptos sobre la carga probatoria, en materia de

responsabilidad civil, en su artículo 1734 prescribe que *“excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega”* adecuándose así, a la pauta general del artículo 377 referido anteriormente respecto a los factores de atribución, y en relación a los eximentes recaen estos sobre quien los alega, es decir el demandado, afirmando lo que mayoritariamente los juristas opinan, los hechos constitutivos están a cargo de probar por el actor, y los hechos impeditivos y extintivos estarán a cargo del demandado.

f) Momentos procesales en la etapa probatoria civil.

Como punto de partida y de forma previa, corresponde indicar que ha conceptualizado al proceso probatorio como aquel recorrido que las partes deben seguir para introducir y producir la prueba válidamente. Está compuesto por etapas, momentos o fases, reguladas en los códigos de procedimientos civiles, en normas generales por un lado, y también normas específicas para cada medio de prueba, como veremos más adelante (testimonial, documental, confesional, etc.)

En este orden, FERREYRA DE LA RÚA ha puntualizado que son los momentos probatorios son tres (3), a saber: i) introductorio, ii) diligenciamiento de la prueba y iii) la valoración de la prueba.

A continuación desarrollaremos brevemente los momentos mencionados:

i) **Introductorio:** en un proceso dispositivo, corresponde a las partes ofrecer la prueba oportunamente, a través de un acto formal, escrito, dirigido al juez en el que solicitan la admisión de determinados medios de prueba.

El ordenamiento jurídico argentino, en su artículo 333 CPCCN prescribe que *“Con la demanda, reconvención y contestación de ambas, deberá acompañarse la prueba documental y ofrecerse todas las demás pruebas que las partes intentaran valerse”*. El juez deberá analizar si las pruebas fueron ofrecidas de acuerdo con las formalidades exigidas por la ley.

ii) **Diligenciamiento de la prueba:** es el momento práctico en el que intervienen activamente las partes y el juez para la producción de la prueba ofrecida anteriormente.

Conviene recordar, que la actividad probatoria es una carga procesal para las partes, es un “imperativo de propio interés”, por lo que su producción y

diligenciamiento dependerá de ellas exclusivamente, de su impulso y cualquier comportamiento negligente pondrá en riesgo una sentencia favorable para ellas.

La legislación nacional, en su artículo 384 del CPCCN reza que: *“Las medidas de prueba deberán ser pedidas, ordenadas y practicadas dentro del plazo (estipulado por el juez). A los interesados le incumbe urgir para que sean diligenciadas oportunamente”*.

Por otra parte, el artículo 359 CPCCN dice *“que ante la existencia de hechos conducentes acerca de los cuales no hay conformidad entre las partes, “el juez recibirá la causa a prueba”* y debe proceder según el artículo 360 del CPCCN, sobre la audiencia preliminar.

La referida audiencia tiene una finalidad conciliatoria, el juez escuchará a las partes, se fijarán los hechos articulados sobre los que versará la prueba, recibirá prueba confesional si fue ofrecida, admitirá demás pruebas, se establecerá en una sola audiencia la prueba testimonial y, asimismo, se pueden subsanar errores en este momento.

En esta etapa se admite la prueba, examinando si los medios son los adecuados, si su ofrecimiento fue oportuno, o su pertinencia, que si bien se verá en el capítulo siguiente más detalladamente este tema, podemos adelantar que nuestro código nacional de procedimiento civil.

En tal sentido, el código ritual en su artículo 364 dispone que *“No podrán producirse pruebas si no sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias”*.

Por otro lado, corresponde memorar el artículo 367 del código de forma, prescribe que: *“El plazo de producción será fijado por el juez y no excederá de cuarenta días. Dicho plazo es común y comenzará a correr a partir de la celebración de la audiencia prevista en el artículo 360”*, infiérase que esta última se refiere a la audiencia preliminar y, asimismo, que el plazo sea común implica que corre para ambas partes, tanto para el actor como para el demandado, simultáneamente.

iii) Valoración de los elementos probatorios: el doctor DEVIS ECHENDIA ha definido a la valoración de la prueba como *“la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse en su contenido”*.

g) Sistemas de valoración de la prueba

- *Sistema de la Prueba Legal*

El profesor DEVIS ECHANDÍA, ha indicado que el sistema de la prueba tasada o tarifa legal, implica que el legislador ya ha determinado con anterioridad el valor que el juez ha de otorgarle a un medio de prueba, por lo tanto también a su resultado. De todos modos, podemos decir, que según este sistema el juzgador queda obligado y no posee libertad para valorar la prueba ya que previamente ese valor ha sido asignado por una norma.

El aludido sistema es muy criticado ya que le impide al juez formar su criterio personal y no permite la búsqueda de la verdad real.

- *Sistema de la libre apreciación de la prueba*

DEVIS ECHANDÍA, nos enseña que este sistema le permite al juez apreciar con libertad el valor de convicción de las pruebas según las reglas de la sana crítica, pero basadas en los principios de la psicología y la lógica y las máximas generales de la experiencia, quedando sujeto únicamente a las formalidades que las leyes materiales contemplan para existencia o validez de ciertos actos.

El referido sistema ha sido criticado por conceder demasiada libertad al juez para sentenciar, por lo que los doctrinarios y legisladores comenzaron a acortar este, con el sistema de la sana crítica y sus reglas.

Parte de la doctrina, como entre ellos el reconocido autor PALACIOS LINO interpretan que es una clasificación del sistema de libre convicción.

- *Sistema de la sana crítica*

COUTURE, ha consignado que este sistema estipula que para una correcta valoración el juez debe combinar tanto reglas de la lógica, de su pensar, con reglas de experiencia y, por otro lado, los ha definido como “*las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia*”.

II.- Prueba electrónica en el proceso civil

Aclaración preliminar.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 378, establece que: “La prueba deberá producirse por los medios previstos

expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligencian aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez”. Observamos que existen medios probatorios previstos expresamente por ley, que se encuentran individualizados en el código de procedimiento y ahora también el nuevo Código Civil y Comercial, por lo que se encuentran legislados tanto por normas de fondo como de forma.

A mayor abundamiento y en esta línea argumentativa, es dable recordar que nuestro derecho procesal moderno se encuentra erigido en base al principio de “*libertad o amplitud de prueba*”. Por medio de las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba que tengan a su alcance con el objeto de procurar mayor certeza en el juzgador, siempre y cuando estos no estén expresamente prohibidos por ley para el caso que se trate.

Conceptualización.

La doctrina especializada ha definido a la prueba electrónica, o en soporte electrónico, como aquella información contenida en un dispositivo electrónico a través del cual se adquiere el conocimiento de un hecho controvertido, bien mediante el convencimiento psicológico, bien al fijar este hecho como cierto atendiendo a una norma legal (SANCHÍS CRESPO CAROLINA. Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. 2012. Pág. 713).

Naturaleza jurídica.

Respecto de la naturaleza que caracteriza la prueba electrónica, es útil la noción que formula CARLOS CHRISTIAN SUEIRO, quien afirma –como se ha dicho- que la prueba electrónica posee una naturaleza totalmente distinta a la prueba física, principalmente por ser intangible, latente, volátil y frágil o altamente sensible en su integridad e inalterabilidad (SUEIRO, 2019, pp. 390/391).

Objeto.

En el marco de un proceso judicial, la prueba electrónica tiene por objeto cualquier registro que pueda ser generado dentro de un sistema informático, entendiendo por éste a todo dispositivo físico (computadoras, smartphones,

tablets, CDs, DVD, pen drives, etc.) o lógico, empleado para crear, generar, enviar, recibir, procesar, remitir o guardar a dichos registros, que, producto de la intervención humana u otra semejante, han sido extraídos de un medio informático (por ejemplo: registros en planillas de cálculo, correos electrónicos, registros de navegación por Internet, bases de datos, documentos electrónicos) (VANINETTI, Hugo A., Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP, LL 2013-C-374).

Caracterización de la prueba electrónica.

PÉREZ PALACI, nos explica brevemente algunas de estas características, se dirá entonces que la prueba electrónica en su generalidad es:

- **Intangible e Inmaterial:** Puede parecer una ventaja que la prueba digital al encontrarse en formato electrónico sea reproducible, pero es que en la realidad su facilidad de copiado generalmente imposibilita la distinción de originales y copias. Posee de un elemento material, la parte visible, que es el soporte donde está contenida la prueba, como podría ser un CD o Pendrive, pero también posee el elemento inmaterial e intangible, que es el archivo allí contenido.

- **Volátil:** Su fácil reproducción las hace manipulables, la información contenida en el soporte material puede ser modificada y alterada por expertos, sin que puedan detectarse, esto es, si no se toman las medidas de seguridad y una cadena de custodia específicamente establecida.

- **Destruibles:** Las evidencias digitales pueden ser borradas, intencionalmente o no, del soporte material imposibilitando su recuperación, como así también pueden ser destruido el soporte.

- **Intrusivas:** La producción de la prueba digital puede entrometerse en la vida privada de las personas, por lo que afectan derechos, garantías y libertades fundamentales, como el derecho a la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales.

III.- Documentos electrónicos

Concepto.

Se ha conceptualizado el documento electrónico como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo —también— como un conjunto de campos

magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código (FALCÓN, E. M., Tratado de derecho procesal civil y comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 897).

Dicha conceptualización es receptada y referida normativamente en nuestro digesto legislativo, a través de la ley 25.506 de Firma Digital, sancionada en noviembre de 2001 y reglamentada en un primer lugar por el decreto 2628/2002. La última modificación a la normativa fue introducida por la ley 27.446 (B.O. 18/06/2018).

La mencionada ley, en su artículo 6º, establece que 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.

Al incorporarse el documento digital al entramado normativo argentino, se establece claramente que el mismo satisface el requerimiento de escritura, demarcando una relación de validez jurídica análoga con el formato papel y aplicándose en igual forma a todo el derecho positivo (Ley 25.506, artículo 6º - Documento digital). Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Respecto al Código Civil y Comercial de la Nación, los documentos electrónicos fueron introducidos a través del artículo 286, conforme se establece expresamente 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.

En efecto y cómo surge de la norma, la expresión escrita tiene la peripetia de tener asidero tanto en los instrumentos públicos como en los instrumentos particulares firmados o no firmados, siendo que en la actualidad nos encontramos ante un nuevo soporte, el digital, ampliándose la noción de escritos o documentos a aquellos generados en forma electrónica.

Justamente podemos decir que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos porque en ellos se recogen expresiones del

pensamiento humano o de un hecho y las incorporan a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinado suceso (Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, Seminario Valoración de la Prueba II – Jurisdicción Civil, Santo Domingo, 2002, p. 45).

La jurisprudencia, hace ya un tiempo, se ocupó de señalar que, en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba que tiene suficiente sustento normativo, resaltando expresamente que se trata de prueba documental (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 9/12/2004, Pérez, Elizalde R. F. v. A.S.I.S.M.E.D. S.A. s/cobro pesos, Abeledo-Perrot nro. 33/13471).

Elementos del documento electrónico.

La doctrina especializada, ha dicho que los elementos del documento electrónico son tres (3):

- El contenido: está dado por los datos o información.
- El continente: es el soporte, el sustrato sobre el que se asienta la información. Se han clasificado en dos categorías: informáticos (dispositivos de entrada y salida de información) y ópticos (reproductores de imágenes)
- La grafía: el código en el que está escrito. La forma en que se manifiesta el pensamiento representativo de un hecho. Aquí se distinguen dos elementos: el medio por el que se trasladan los signos y el lenguaje, conjunto de signos aptos para representar el pensamiento (QUADRI G. H., 2019, pp. 323/324).

Garantías específicas que deben contener los documentos electrónicos.

Los documentos electrónicos también han de observar unas garantías específicas:

- Autenticidad: en el sentido de constatación de la realidad del sujeto al que se atribuye.
- La integridad o exactitud: es decir que el soporte que se presenta no ha sido alterado y el documento concuerda con su original.
- La licitud: esto es, la obtención con respeto a los derechos y libertades fundamentales (LLUCH & PICÓ I JUNOY, La prueba electrónica, 2011, p. 82).

- Firma del documento electrónico.

El documento electrónico puede poseer o no firma. En caso de que la posea, ésta puede ser digital o electrónica.

Se denomina firma digital, al conjunto de datos asociados a un documento electrónico, que permite garantizar la identidad del firmante y la integridad del mensaje. A tal fin se le aplica al documento un procedimiento matemático. Una firma digital por tanto, es un mecanismo de autenticación digital que se basa en el uso de un certificado de clave pública válida, emitido por una autoridad certificante licenciada por un órgano público. En nuestro país se encuentra regulada esta firma en la Ley Nacional 25.506 del año 2012, pero que tuvo su primera autoridad certificante recién en 2009. Los documentos que poseen firma digital se presumen auténticos salvo prueba en contrario (LUBEL, 2012).

La firma electrónica es la que utiliza un mecanismo de autenticación digital que no cumple con los requisitos legales para ser una firma digital. Es todo conjunto de datos utilizado por su signatario como su signo de identificación. Los documentos que no poseen firma digital, no se presumen auténticos y por tanto, presentan dificultades a la hora de asignarles validez probatoria. Lo analizaremos en el capítulo correspondiente.

Requisitos de admisibilidad en juicio.

La doctrina especializada, ha señalado que salvo que nos encontremos ante un instrumento electrónico emitido bajo el régimen de firma digital (que no es el caso), un triple test de admisibilidad debe superarse para que se pueda tener por verificada la autenticidad, integridad y licitud (GABET. E. A. Verificación de la autenticidad, integridad y licitud del documento electrónico. Publicado en La Ley – DT 2016 (diciembre) – 2927. Cita Online: AR/DOC/3755/2016).

En esta línea argumentativa la doctrina, a enunciado los requisitos que debe contener la prueba electrónica a los fines de ser admitida como válida en juicio:

Autenticidad: en primer lugar, hablaremos de la autenticidad, como la correspondencia entre el autor aparente y el autor real de un documento (CARNELUTTI, F. La prueba civil. Ed, Depalma. 1979, p. 405).

En el documento escrito la autoría puede acreditarse mediante la firma manuscrita o el sello comercial; en el documento electrónico, se identifica el ordenador desde el que se envía, pero no quien es su remitente, existiendo mayor

facilidad para suplantar la identidad del remitente (CERVELLÓ GRANDE, J. M^a y FERNÁNDEZ, I, La prueba y el documento electrónico Derecho de Internet. Aranzandi. El Cano. 2000, p. 394).

Al contrario, el documento electrónico no habilita a una efectiva identificación de autoría per se. Solo nos proporcionara los datos del dispositivo donde se ha generado y remitido.

En consecuencia, nos encontraremos en la necesidad de demostrar la autenticidad de este documento electrónico, siendo que dicha tarea se tendrá que canalizar a través de la verificación de sus atribuciones ligadas, como la fecha de generación, identificación de su autor, si la persona del generador y emisor se coinciden, entre otros.

Integridad: es de capital importancia verificar la integridad e inalterabilidad del documento electrónico a través de un mecanismo certero que establezca la existencia o inexistencia de modificaciones suscitadas luego de que el instrumento fue firmado – en este caso – electrónicamente.

Realizando una comparación con el sistema papel, en el documento escrito se pueden cotejar las modificaciones efectuadas a través de pruebas periciales. En cambio, en el documento electrónicas, será necesario recurrir a una prueba pericial informática para establecer si esta prueba fue modificada, desde que dispositivo se produjo dicha modificación y que cambios fueron realizados.

Sobre el particular, es necesario distinguir entre documento firmado digitalmente y documento firmados electrónicamente. En los primeros, una vez estampada la firma digital resulta imposible la modificación del documento, de modo que la integridad del documento queda, a prima facie, garantizada. Al contrario, en el resto de documentos informáticos no firmados con tal garantía, aparecen los problemas de autoría e integridad (DE URBANO CASTRILLO E. La valoración de la prueba electrónica. Editorial Tirant lo Blanch. 2009, p. 52).

Dado que el documento electrónico viaja por una red que en principio es de acceso público y se puede reproducir en diversos lugares fuera del alcance de los intervinientes. Pueden acceder al documento electrónico personas distintas de los intervinientes que pueden alterarlo (MOLINS GARCÍA ATANCE, J., Impugnación y autenticación documental, en Diario La Ley, núm. 6143, p. 1).

Es por ello, que al momento de aportar el documento electrónico como prueba en el marco de un proceso judicial, debemos acreditar la correspondiente “huella digital” o “hash”.

El reconocido profesor CARRASCO MAYANS, ha dicho que la huella digital consiste en una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca dicho documento, de tal manera que el menor cambio realizado sobre el mismo sería rápidamente detectado (aunque respecto a este último factor es importante ver si el algoritmo concreto utilizado para su generación es realmente adecuado). Esto además nos permitirá realizar duplicados de dichos documentos y probar que se corresponden plenamente con el original (CARRASCO MAYANS S. La ilegalidad o limbo legal de la prueba electrónica).

Por lo tanto, que si intenta modificar un bit de una imagen aportada bajo la modalidad de documento electrónico, la huella digital de la misma será modificada íntegramente, aunque la imagen parezca no haber sufrido cambio alguno. En suma, conseguiremos establecer si efectivamente, el documento electrónico fue modificado.

Licitud: la licitud de la prueba en principio se relaciona con la forma y modo de obtención de la fuente o el elemento. Como mencionamos con anterioridad, el artículo 318 del Código Civil y Comercial de la Nación autoriza la utilización de los medios de intercambio comunicaciones electrónicos como prueba en juicio, pero siempre protegiendo el principio de confidencialidad de la correspondencia, de acuerdo con las exigencias del artículo 18 de la Constitución Nacional que declara la inviolabilidad de la misma. Y por aplicación análoga extensiva, podemos extender la protección a la correspondencia tradicional a las comunicaciones telefónicas, correos electrónicos y mensajería instantánea. Por lo tanto, cualquier tipo de comunicación gozará de las garantías de la correspondencia epistolar consagradas constitucionalmente.

En este orden, conviene resaltar que uso idéntico, podemos extender la protección a la correspondencia tradicional a las comunicaciones telefónicas, correos electrónicos y mensajería instantánea. Además, cualquier tipo de comunicación gozará de las garantías de la correspondencia epistolar consagradas constitucionalmente.

Es dable destacar, que estos elementos probatorios podrán ser llevados a juicio siempre que hayan sido obtenidos de manera lícita por quien la presenta, y

que no sea de carácter confidencial, para cuyo caso es necesario el consentimiento del remitente.

De modo que, de ser admitida dicha prueba documental, es necesario establecer que para la producción de dicha prueba documental no debe haberse vulnerado un derecho fundamental como bien puede ser el derecho a la intimidad, coronado por nuestra Constitución Nacional en su artículo 19 o la garantía de inviolabilidad de la correspondencia, establecida por el artículo 18 de la Carta Magna.

El reconocido jurista VELTANI, ha señalado que en la práctica de nuestros tribunales muchas veces se otorgan medidas de prueba con contenido informático sin examinar adecuadamente sus consecuencias, nótese que: a) la prueba informática debe producirse sin violar derechos fundamentales, como lo son el derecho a la intimidad» o «privacidad, b) las partes tienen que tener la posibilidad de controlar la producción de la prueba informática para evitar que pueda ser manipulada en su contra y c) la producción de la prueba informática de ningún modo puede conducir a violentar el derecho constitucional de toda persona de no declarar contra sí misma (VELTANI, J. D., y ATTA, G. A. (2015). Prueba informática: aspectos generales. En C. E. Camps. Tratado de Derecho Procesal Electrónico, p. 563. Buenos Aires: Abeledo Perrot). Por lo cual, así que vulnerarse alguno de estos principios, la consecuencia será la exclusión de la prueba por causa de nulidad.

IV.- Registros en particular

CORREO ELECTRÓNICO.

Definición.

La primera noción de correo electrónico, nos lo da la Real Academia Española, diciendo que si bien el término “correo electrónico” no está registrado como tal, se encuentra relacionado al concepto “correo” y su acepción de “correo electrónico” refiere a los “Sistema de transmisión de mensajes por computadora a través de redes informáticas” y a la “Información transmitida a través de correo electrónico”.

Sin perjuicio ello, en Argentina la encargada de brindarnos el concepto jurídico es la Secretaría de Comunicaciones, mediante la Resolución N° 333/2001, conforme obra en el Anexo I, cuando en su artículo 1 establece que: “*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 entre computadoras”. Por otro lado, en su artículo 2 agrega que “A los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar”.

Características.

Las características típicas que hacen idóneo al correo electrónico, a saber son:

- Electrónico: porque utiliza medios electrónicos de gestión y transporte de datos.
- Asíncrono: porque no necesita sincronía en envío y recepción.
- Ubico: en tanto permite su acceso en diferentes lugares.
- Digital: por utilizar información digitalizada.
- Informático: porque está en relación con las tecnologías de la información.

Equiparación.

La creciente doctrina y la jurisprudencia, de que: “A los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar”.

Consecuentemente, es que se puede tomar irrefutable de que si los correos electrónicos gozan de la protección constitucional que otorga nuestra norma suprema, en el art. 18, cuando establece que “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación” , entonces también les corresponde el amparo a la intimidad y privacidad del art. 19 de la norma fundamental.

Esta garantía implica por un lado una faz positiva, en el sentido de que solo puede ser abierto un email por su destinatario y, por otro, en una faz negativa dado que implica una abstención respecto de cuyo contenido por parte de terceros, incluso de la intervención del Estado, salvo en el caso que la misma tenga consecuencias fuera de la esfera íntima del titular, como los casos en que la misma constituya un elemento de prueba de un delito o tenga efectos respecto de terceros.

En este orden de ideas, y en virtud del art. 75. Inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, la inviolabilidad de la correspondencia epistolar, inclusive el correo electrónico, también se encuentran protegidos convencionalmente por los Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, específicamente en: el Art.

X) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ;el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pactos de San José de Costa Rica; el art. 17 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos; el art. 16 de la Convención sobre los derechos del niño y por el art. 22) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Clases.

El profesor EDUARDO MOLINA QUIROGA, distingue tres clases de correos electrónicos:

- El correo electrónico que tiene firma y certificado digital que, de ser verificada correctamente, se presume válida, salvo prueba en contrario.
- El correo electrónico que tiene firma electrónica que, de ser desconocida, corresponde a quien la invoca acreditar su validez.
- Los mensajes simples no firmados, compuesto por todos los correos electrónicos que se envíen sin utilizar métodos de protección de datos.

Entonces considera de que el instrumento privado puede prescindir de la firma, en la medida en que por otros medio se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, o sea, la determinación de la autoría y autenticidad de la declaración.

Los correos electrónicos como fuente de prueba en la jurisprudencia.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial ha señalado: *“Si bien las constancias de correos electrónicos constituyen documentos que, por carecer de firma digital, no pueden ser equiparados a los instrumentos privados en cuanto a su valor probatorio, ello no obsta a que se las pueda presentar en juicio para probar un contrato, siendo consideradas como principio de prueba por escrito”* (CNCom., sala D, 02/03/2010, Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A., LA LEY 2010-C, 542; también Henry Hirschen y Cía. S.A. c. Easy Argentina S.R.L., DJ, 2007-II, 1315); *“los correos electrónicos configuran principio de prueba por escrito, y corresponde asignarles eficacia probatoria...”*- (CNCom., sala F, 17/04/2008).

En otro precedente de similar valía, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial in re *“Skillmedia SRL c/ Estudio ML SA s/ Ordinario”* (rta. del 07.11.2007) ha dicho que *“No es posible negar valor probatorio a un correo electrónico, en tanto si bien, como regla, no puede asignarse valor probatorio a un e-mail*

que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la Ley N° 25.506 sobre firma digital, ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico, lo cierto es que no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana crítica”.

WHATSAPP.

Concepto.

La doctrina especializada, ha señalado que la aplicación WhatsApp es un servicio de mensajería instantánea multiplataforma (propiedad de Facebook Inc.), que se utiliza masivamente en el mundo bajo el esquema “freeware”.

Función de la aplicación.

La doctrina de forma unánime, ha dicho que esta aplicación tiene como función primaria permitir el envío entre sus usuarios de mensajes de texto y la realización de llamadas de voz, así como llamadas de video y, asimismo, permite el envío y recepción de imágenes, videos como también documentos.

La acreditación de las comunicaciones de WhatsApp.

La prueba electrónica para ser admitida por el organismo jurisdiccional y a los efectos a de su acreditación de documentos electrónicos constituidos como mensajes por WhatsApp.

Es dable resaltar, que en el texto de la demanda se deberá efectuar una transcripción íntegra de los mensajes intercambiados con cada uno de los horarios de remisión.

En tal sentido, se deberán establecer algunos extremos como, a modo de ejemplo:

- Los datos del titular de la cuenta WhatsApp.
- El número de teléfono vinculado a esa cuenta y la compañía telefónica al cual se encuentra adherido, identificando el número de cliente.
- El Código IMEI del dispositivo.
- Los datos del supuesto receptor de los mensajes, su presunto número de teléfono e identificar la compañía telefónica al que pertenece (si se tiene esta información).

- Se puede agregar si, efectivamente, cada uno de esos mensajes intercambiados fueron presuntamente “vistos” (tilde azul) por cada interlocutor, o no.

Los WHATSAPP como fuente o elemento de prueba.

El reconocido jurista PALACIO, nos enseña que el medio de prueba actúa como vehículo para lograr la fuente, de la cual, a su turno, el juez debe deducir la verdad (o no) de los hechos que configuran el objeto probatorio (PALACIO L. E. Derecho Procesal Civil. Cuarta edición actualizada por CAMPS C. E. Abeledo Perrot. Tomo II. p. 1554).

Se ha considerado que los mensajes por WhatsApp (en lo que respecta a su función de intercambio comunicacional) como correspondencia, en base a que dicha norma invocada, ha ampliado esta concepción a los nuevos medios de comunicación tecnológicos y abarcando tanto la epistolar como los mensajes de texto creados o transmitidos por línea de celular, por plataformas o por los nuevos medios que pudieren venir eventualmente. Por tanto, siempre que un emisor envíe un mensaje escrito a un destinatario, sea cual fuere el medio o soporte utilizado es considerado correspondencia (GRISPO, Jorge Daniel, “Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código”, Publicado en: LA LEY 13/10/2015, 13/10/2015, 1 – LA LEY 2015-E, 1243, Cita Online: AR/DOC/2964/2015).

Por su parte, CARBONE ha dicho *“que con el avance de las comunicaciones y la evidente caída en desuso de la correspondencia escrita postal, el medio escrito en soportes electrónicos (e-mail, mensajes de texto, chats, WhatsApp, Messenger) y siempre y cuando los destinatarios elijan el modo privado de comunicación y no sean públicos (dentro de los cuales deben incluirse aquellas que son compartidas en grupos), puede ser ofrecida y producida como prueba admisible”* (CARBONE, C. A., “Los modernos soportes de correspondencia en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 10/03/2017, 10/03/2017, 1, Cita Online: AR/DOC/383/2017).

Sobre este tema, la Sala Tercera de la Cámara De Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, De Paz y Tributario de Mendoza se expidió en términos similares en tanto sostuvo que *“si la prueba es presentada por el titular del aparato al cual se le realizó la captura y él es parte de la comunicación (remitente de algunos y destinatario de otros), no se discute su legalidad, siempre que de los textos en cuestión no surja expresa ni implícitamente el carácter de confidencial”* (Cámara De Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, De Paz y Tributario de Mendoza – Sala Tercera – 01/06/201.

A. N° 253.184/52.190 – “Llopart Ricardo José c/ Lombardich Luis y Ot. p/ Cob. De Pesos”, entre otros).

Bajo esta tesitura, también se ha sostenido que conforme a los e-mails y mensajes de WhatsApp “ *fueron remitidos entre las partes en conflicto no puede sustentarse sobre ella el carácter confidencial de las mismas, pudiendo ser utilizadas en juicio por estos*” (Cámara en lo Civil, Comercial y Laboral de Reconquista, Autos: “Gregoret, Martin y otro c/ Bianchini, Gustavo Arturo Y Otros S/ Incidente Rescisión Procedimiento”, Expte. Nro. 59 Año 2016, entre otros).

Desde otra perspectiva, se ha señalado que: “ *Por lo demás, el quejoso pretende hacer valer, como prueba del cese de la convivencia, lo plasmado en una conversación vía Whatsapp con la actora. Ahora bien, lo primero que hacemos notar al respecto es que ello trató de acreditarlo por una vía que no es la idónea. En efecto: mediante un acta notarial, labrada sin intervención de la contraria, en la cual se plasmaron ciertos mensajes, que el propio demandado iba exhibiendo al notario (ver acta notarial adjunta con la presentación de fecha 7 de Agosto de 2019, cuando plantea la caducidad). Viene cierto que, en algunas ocasiones y en el ámbito de los procesos de familia, pueden flexibilizarse las reglas probatorias, en los términos del art. 710 del CCyCN. Pero, a mi juicio, ello no puede implicar sustituir el medio probatorio idóneo y, de este modo, eludir las posibilidades de contralor de la otra parte. Si aquí pretendía utilizarse un documento electrónico (y los mensajes de Whatsapp lo son) debía acudir al medio probatorio específico: el aporte documental a este proceso y, en su caso, la pericial o el reconocimiento judicial del aparato respectivo (...) De este modo (...) por esta vía, se condicionan las posibilidades de defensa de la contraparte, aportando una visión parcializada (y semi dirigida por una de las partes) de la conversación que se pretende documentar*” (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón in re: “P. C. L. C/ L. M. G. S/ acción compensación económica”, del 20.05.2021).

V.- Formas de acreditación de la prueba en el proceso

La doctrina especializada, ha señalado que existen varias metodologías de prueba documental que se pueden emplear a fin de acreditar este elemento probatorio.

A continuación serán desarrollados brevemente:

1) Capturas de pantalla: El ingreso al expediente judicial de meras capturas de pantalla, por medio de una reproducción fotografía, es la metodología más utilizada por los letrados, a fin de demostrar la ocurrencia de hechos que se canalizan vía plataformas de mensajería instantánea.

2) El documento electrónico: Consideramos indispensable el acompañamiento del documento electrónico donde conste el intercambio suscitado. Ahora bien, para lograr esta tarea, es necesario utilizar una “huella digital” o “hash” del documento electrónico.

CARRASCO MAYANS, lo ha definido como una cadena alfanumérica hexadecimal generada a partir de la aplicación de un algoritmo que debe identificar de manera inequívoca dicho documento, de tal manera que el menor cambio realizado sobre el mismo sería rápidamente detectado (aunque respecto a este último factor es importante ver si el algoritmo concreto utilizado para su generación es realmente adecuado).

En esta línea, BENDER señala que el valor entregado por el hash es único para determinado conjunto de datos. Cualquier cambio en estos datos, así sea en uno de sus caracteres, entrega un hash diferente. Esto es justamente lo que permite asegurar la integridad de los datos cuando se utiliza la función hash de la manera propuesta, de la misma forma en que se utiliza en el procedimiento de firma digital, cumpliendo la misma función de garantizar la integridad.

3) Acta notarial: En nuestra visión, las actas pasadas ante escribano público resultan ser el segundo medio de prueba elegido para incorporar alguna fuente de prueba electrónica al proceso como instrumental, siempre y cuando la misma se confeccione correctamente.

La doctrina especializada ha indicado que es necesario tomar ciertos recaudos para que dicha acta sea un medio de prueba válido. Se recomienda seguir y hacer detallar al notario los pasos mínimos previstos por la informática forense, que son: a) adquisición; b) preservación; c) obtención, y d) presentación. Y para procurar esto, como complemento, será necesario el informe de un perito en informática forense, conforme el acta notarial puede incluir un acta técnica o informe del experto presente en el acto de constatación, que contenga los siguientes datos: datos filiatorios del investigador, identificación de los medios magnéticos examinados, identificación de la plataforma empleada para la obtención de la evidencia (hardware y software), explicación sucinta del procedimiento técnico realizado, nombre del archivo de destino, algoritmo de autenticación y resultado (hash). Si se tratara de un disco rígido extraído de una computadora, es necesario que quede constancia de los valores “rtc” y la comparación con el tiempo real.

4) Aportar el dispositivo donde se encuentra el intercambio comunicacional:

Es de vital importancia, con el objeto de conservar y proteger la prueba por la cual uno intente valerse, el acto de aportar el dispositivo móvil como instrumental conjuntamente con sus elementos de carga y todo otro complemento necesario para su uso.

VI.- Cadena de custodia

Concepto.

La doctrina mayoritaria, ha definido a la cadena de custodia como el procedimiento, oportunamente documentado, que permite constatar la identidad, integridad y autenticidad de los vestigios o indicios de un hecho relevante para el asunto, desde que son encontrados hasta que se aportan al proceso como pruebas (RAMÍREZ, E. Por qué es importante la cadena de custodia. 5 de julio de 2017).

Principios básicos.

- El de inalterabilidad de la información.
- El de aptitud técnica de quien llevará adelante los actos.
- El de documentación del proceso.
- El de cumplimiento de las normas aplicable.
- Buenas prácticas para el aseguramiento de la prueba informática.
- En cuanto a las buenas prácticas necesarias para el aseguramiento de la prueba informática, En nuestra doctrina nacional, VANINETTI recomienda:
 - Plasmar todo el procedimiento en un acta y ante la presencia de testigos.
 - Emplear guantes.
 - Fotografiar el lugar o filmar todos los elementos.
 - Enumerar los elementos informáticos disponibles, tanto de hardware como de software.
 - Catalogar todos los elementos utilizando en una planilla de registro del hardware.
 - Autenticar y duplicar la prueba mediante la realización de una copia completa de toda la información asentada en la unidad informática sujeta a pericia.
 - Resguardar adecuadamente todo el material que se secuestre, en bolsas antiestáticas debidamente intervenidas por quienes participen de la medida.

VII.- Medidas de acción

Como corolario de lo expuesto y en base a lo reseñado precedentemente, se enunciarán algunas medidas de acción que se podrían implementar con el fin de resguardar los derechos de los ciudadanos y mejorar el servicio de justicia.

- Capacitar de forma permanente a cada uno de los que trabajan en la justicia, Ministerio Público Fiscal, Ministerio Público de la Defensa y demás operadores judiciales en la temática en cuestión.
- Elaboración de un protocolo de custodia de la prueba electrónica en los procesos y, que este sujeto a actualización periódica.
- Observamos que existe una dispersión normativa en relación a las disposiciones que regulan la materia y, por consiguiente, al no estar sistematizado se debe recurrir a las diversas normas, según el problema surgido para brindarle una solución específica a cada controversia. Por ello, proponemos una Reforma legal integral.
- Implementación de políticas públicas que promuevan un mayor nivel de conocimiento de la prueba electrónica.

VIII.- Conclusión

Después de realizar un amplio análisis de la cuestión bajo estudio, realizare las siguientes consideraciones:

La existencia de una teoría general de la prueba facilita, tanto al juez como a las partes, la actividad probatoria. Se entiende que el concepto de prueba puede tener varias acepciones, pero la mayoría de la doctrina se inclina a entenderla como la comprobación o averiguación de la verdad. Se debe analizar la actividad probatoria como un camino cuyo fin es la demostración de la verdad y el convencimiento del juez de la existencia o inexistencia de hechos, aunque a veces este último no coincida con la realidad fáctica y, en consecuencia, esquematiza aquellos hechos que se deben probar, evitando que en un proceso se intente probar hechos notorios o presumidos por la ley, haciendo de aquel un proceso tedioso e ineficaz, por lo que quien intente llegar a una sentencia favorable por parte de un juez, debe demostrar la existencia o inexistencia de hechos que sean importantes para la resolución del conflicto y hayan sido negados por una parte y afirmados por la otra, caso contrario no tendría sentido.

Podemos afirmar que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos porque en ellos se recogen expresiones del pensamiento

humano o de un hecho y las incorporan a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinado suceso.

Nuestro derecho procesal moderno, se encuentra erigido en base al principio de “libertad o amplitud de prueba”. A través del mismo, las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba que tengan a su alcance con el objeto de procurar mayor certeza en el juzgador, siempre y cuando estos no estén expresamente prohibidos por ley para el caso que se trate.

El artículo 378 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que la prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Por otra parte, en su segundo párrafo se puntualiza que los medios de prueba no previstos se diligenciarán, aplicando por analogía, las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez. En consecuencia, podemos afirmar que los medios probatorios no se encuentran en modo restringidos a los codificados expresamente, siendo que estos pueden ampliarse en el caso de ser necesario a fin de probar situaciones jurídicas que requieran un encuadre procesal particular.

Compartimos el criterio de la doctrina especializada, que sostiene que la prohibición contemplada en el artículo 318 Código Civil y Comercial de la Nación, es decir la relativa a la confidencialidad de la correspondencia y su imposibilidad de uso sin el consentimiento del remitente, se indica que en general, y ya desde antaño, que entre las partes en litigio no hay secretos, relevando en ese aspecto, la carga de contar con la aprobación del remitente para su incorporación como prueba en juicio (BUERES, A. J. (Director), Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Hammurabi, t. I, p. 271).

En esta línea de pensamiento, se ha señalado que *“si la prueba es presentada por el titular del aparato al cual se le realizó la captura y él es parte de la comunicación (remitente de algunos y destinatario de otros), no se discute su legalidad, siempre que de los textos en cuestión no surja expresa ni implícitamente el carácter de confidencial”* (Juzgado de Conciliación de Primera Nominación, Secretaría 1. Autos: “Szilagyi Cazzulani, María Ángeles c/ Be There Argentina S.A. y otro.”- Ordinario – Despido – Expediente n.º 3350238 Acto Interlocutorio N° 90, entre otros).

En otro precedente de igual valía., se ha sostenido que *“conforme a los e-mails y mensajes de WhatsApp fueron remitidos entre las partes en conflicto no puede sustentarse sobre*

ella el carácter confidencial de las mismas, pudiendo ser utilizadas en juicio por estos” (Cámara De Apelaciones En Lo Civil, Comercial, Minas, De Paz Y Tributario De Mendoza – Sala Tercera – 01/06/201. A. N° 253.184/52.190 – “Llopart Ricardo José C/ Lombardich Luis Y Ot. P/ Cob. De Pesos”, entre otros).

Se debe tener en cuenta que independientemente de si el proceso es civil, penal, laboral o contencioso administrativo se observa la importancia de los principios generales, que reglan la actividad probatoria, que deben estar comprendidos en todos los procesos y que reflejan garantías a las partes porque su cumplimiento fundamenta el debido proceso, eje fundamental de la administración de justicia y, asimismo, que toda prueba a los fines de incorporarse a un proceso judicial y que la misma tenga valor probatorio, debe respetar ciertas garantías y protocolos a fin de ser admitida, puesto que de lo contrario su autenticidad estará en riesgo y puede ser susceptible de impugnación.

En relación a la incorporación de la prueba electrónica al proceso nuestro país no cuenta con una normativa específica por cuanto los medios no previstos se diligencian en base a sus semejantes o a los que determine el juez que interviene en el proceso y, como así también, carece de regulación específica en cuanto a la valoración probatoria de los medios o pruebas electrónicas pese a estar contempladas ciertas cuestiones en distintos cuerpos legales.

El fácil acceso a los avances tecnológicos, permiten muchas veces sobrepasar el límite de la intimidad de los individuos sin su conocimiento, vulnerando derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales tales como la protección de la intimidad, la vida privada y la garantía del debido proceso.

La jurisprudencia y la doctrina especializada, hace ya un tiempo, se ocuparon de señalar que, en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba que tiene suficiente sustento normativo, resaltando expresamente que se trata de prueba documental.

En nuestro país existe una dispersión normativa en cuanto a la regulación de la prueba electrónica y, por consiguiente, entendemos que debería realizarse una reforma legal integral.

Para concluir, podemos señalar que nuestro país no cuenta con una legislación en la materia que brinde seguridad jurídica e invulnerabilidad de estas pruebas, desde su obtención, su inclusión en el proceso, admisión y valoración por

parte de jueces. A esta problemática se le suma el desconocimiento y la falta de información. De nada servirá la razón o verdad de un hecho si la prueba fue obtenida ilícitamente o si se aporta de modo incorrecto al proceso. Es por ello, que ante el avance del desarrollo social, los Estados tienen el deber de adecuar sus leyes a fin brindar seguridad jurídica.

IX.- Anexos

Para finalizar este trabajo de investigación, se ha seleccionado, a modo de reseña jurisprudencial y legislativa, algunos casos relacionados con la temática:

Legislación relevante.

- Constitución de la Nación Argentina.
- Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 25.506.

Jurisprudencia relevante.

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil., Sala J in re “Morelli Silvina Roxana c/ Diez Beltran Roberto Javier y otro s/ Daños y Perjuicios”, del 03.08.2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D in re “Black & Blue S.R.L. C/ Cencosud S.A. S/ Ordinario”, del 13.08.2019.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial., Sala D in re “Di Lolio, Jorge Andrés c. Gardesi, SRL s/ Ordinario”, del 19.06.2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial., Sala F in re “Compañía de Transporte de Energía Eléctrica de Alta Tensión (Transener SA) c/ Volkswagen Argentina S.A. y otros s/prueba anticipada”, del 11.09.2018.
- Cámara Nacional de Apelación en lo Civil y Comercial, del Departamento Judicial de Morón in re “P. C. L. C/ L. M. G. S/ ACCION COMPENSACION ECONOMICA”, del 20.05.2021.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federa, Sala III in re “A.M.I. s/ Google Inc. s/ incidente de medida cautelar”, del 13.02.2012.
- Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I in re “Arias, Débora Anabel c. Fundagen SA y otro s/ Despido”, del 13.06.2018.

- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, Sala II. In re “Fleitas Olga Esther c/ Empresa del Oeste S.A. de Transporte y otros S(N8) s/ daños y perj.autom. c/ les. o muerte (exc.estado)”, del 23.04.2019.
- Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala II in re “M. L. S. c/ Editorial La Capital S.A. s/ Daños y perjuicios” del 03/09/2019.

Bibliografía relevante

- ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Cía. Argentina de Editores, Bs. As., T° II, 2008.
- PALACIO, L.E., Derecho Procesal Civil, Abeledo-Perrot, Bs. As., T° IV, cuarta edición actualizada 1998.
- COUTURE, Eduardo, “Fundamentos del derecho procesal civil”, Depalma, Buenos Aires 1972.
- LLUCH Xavier Abel A propósito del juicio sobre la admisión de los medios de prueba “. Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, t.II, Lorca Navarrete, A. Mª (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, 2000.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando “Teoría General de la Prueba Judicial”, Bs. As., 1970,
- PALACIO, L. E., Derecho Procesal Civil (Vol. IV). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- DEVIS ECHANDÍA, H., Compendio de la prueba judicial (8° ed., Vol. I). Rubinzal Culzoni, 1981.
- DEVIS ECHANDÍA, H., Compendio de la Prueba Judicial (Vol. I). Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2001.
- SANCHÍS CRESPO Carolina. Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la Ley 18/2011. Editorial Thomson Reuters Aranzadi. 2012.
- SUEIRO, C. C., Vigilancia electrónica y otros modernos medios de prueba (Primera ed.). Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- SUEIRO, C. C., La obtención de prueba digital de la computación de la nube. En H. R. Granero, E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías (2° ed., pág. 390/391). Buenos Aires: Albremática, 2019.
- VANINETTI, Hugo A., Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP, LL 2013-C-374.

- FALCÓN, E. M., Tratado de derecho procesal civil y comercial, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- GABET. E. A. Verificación de la autenticidad, integridad y licitud del documento electrónico. Publicado en La Ley – DT 2016 (diciembre) – 2927. Cita Online: AR/DOC/3755/2016.
- CARNELUTTI, F. La prueba civil. Ed, Depalma. 1979.
- CERVELLÓ GRANDE, J. M^a y FERNÁNDEZ, I, La prueba y el documento electrónico Derecho de Internet. Aranzandi. El Cano. 2000.
- DE URBANO CASTRILLO E. La valoración de la prueba electrónica. Editorial Tirant lo Blanch. 2009.
- MOLINS GARCÍA ATANCE, J., Impugnación y autenticación documental, en Diario La Ley, núm. 6143.
- CARRASCO MAYANS S. La alegalidad o limbo legal de la prueba electrónica.
- VELTANI, J. D., y ATTA, G. A., Prueba informática: aspectos generales. En C. E. CAMPS. Tratado de Derecho Procesal Electrónico. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2015.
- ARAZI, R., Prueba Ilícita y Prueba Científica. Conceptos Generales. En R. Arazi, Prueba Ilícita y Prueba Científica. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008.
- ARAZI, R., Oralidad y proceso civil. Santa Fe, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2020.
- BENDER, A., El correo electrónico como prueba en la jurisprudencia y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, T. Reuters, Ed., 2013.
- BIELLI, E. G., & Ordoñez, C. J., La prueba electrónica. Teoría y práctica (1º ed., Vol. 1º). C.A.B.A, Buenos Aires, Argentina: La Ley - Thomson Reuters, 2019.
- CARBONE, C. A., Los modernos soportes de correspondencia en el Código Civil y Comercial. La Ley, 2017.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2015.
- LORENZETTI, R., Comercio Electrónico. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- MOLINA QUIROGA, E., Correo electrónico, utilización en el ámbito laboral. En Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Informático (Vol. II, pág. 950). Buenos Aires: La Ley, 2011.

- MOLINA QUIROGA, E., Documentos y Firma Electrónicos o Digitales. En E. Molina Quiroga, *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario de Derecho Informático (Vol. II)*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- QUADRI, G. H., Prueba electrónica: medios en particular. En C. E. Camps, *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2016.
- SANCHÍS CRESPO, C., *Las Tecnologías de la Información y de la Comunicación en la Administración de Justicia. Análisis sistemático de la ley 18/2011*. Thomson Reuters — Aranzadi, 2012.
- SUEIRO, C. C., *Vigilancia electrónica y otros modernos medios de prueba (Primera ed.)*. Buenos Aires: Hammurabi, 2017.
- SUEIRO, C. C., *La obtención de prueba digital de la computación de la nube*. En H. R., 2019.
- GRANERO, *E-mails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías (2º ed., pág. 390/391)*. Buenos Aires: Albremática.
- PÉREZ-TOMÉ, S. M. y SÁNCHEZ VALDEÓN M. *Cifrado de WhatsApp y aportación de prueba*.
- FALCÓN, E. M., *Tratado de derecho procesal civil y comercial, t. II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.
- ALTMARK, D. R. y MOLINA QUIROGA, E. *Tratado de Derecho Informático*. Editorial La Ley. 2012.
- QUADRI, G. H., *La prueba en el proceso civil y comercial, t. 1*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2011.
- CARNELUTTI, F., *La prueba civil*,. Ed, Depalma. 1979.
- CERVELLÓ GRANDE, J. M^a y FERNÁNDEZ, I, *La prueba y el documento electrónico Derecho de Internet*. Aranzandi. El Cano. 2000.
- KIELMANOVICH, J.L. *Teoría de la prueba y medios probatorios, 3ª ed.*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.
- COUTURE, E. J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial La Ley. 2010. t. II.
- ARAZI R. *La prueba en el proceso civil*. Rubinzal – Culzoni, 2008.
- DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría general de la prueba judicial, t. 2, 3a ed.*, Víctor P. de ZAVALÍA, Buenos Aires, 1974.

