

Las dificultades probatorias de los adelantos tecnológicos y el nuevo Código Civil y Comercial()**

Por Héctor Eduardo Leguisamón ()*. Los adelantos científicos y tecnológicos

El fin de la centuria y del milenio nos encontró con un desarrollo formidable de la ciencia y de la tecnología. El hombre traspasó límites inimaginables, sólo concebibles por autores –y no por todos- de ciencia ficción.

No hace falta mucho mirar hacia atrás para apreciar que a principios del siglo XX la aviación estaba en ciernes al igual que la navegación submarina. Los vuelos comerciales eran una apetencia de algunos visionarios empresarios que alentaban a los aventureros. No existía la heladera eléctrica, ni la radio, y la televisión recién vio su nacimiento promediando el siglo. El teléfono (aparato que ahora nos acompaña caminando por la calle glosado al cinturón del caballero o en la cartera de la dama, cuando no directamente en la mano o, en los últimos tiempos, con un aparato de sistema *bluetooth* adosado a un oído o directamente conectado en el automóvil) estaba dando sus primeros pasos. Los mapas terrestres o cartas náuticas –aunque es recomendable no dejarlos de lado- han sido reemplazados por el GPS (Global Position Satellite) mediante los cuales se puede llegar al destino deseado con total precisión guiado de manera satelital el automóvil o la embarcación.

La *exceptio plurium concubentium*, otrora defensa por excelencia en las pretensiones de filiación, debido al advenimiento de las pruebas biológicas ha perdido prácticamente sentido como también vigor la posesión de estado con sus tradicionales *nomen*, *tractus* y *fama*, elementos antes importantísimos, aparecen en la actualidad como meramente corroborantes[1]. Hace tiempo, cuando se contaba únicamente con la prueba hematológica que permitía excluir la paternidad pero no afirmarla positivamente, la doctrina y la jurisprudencia sostenían que la negativa a someterse a la prueba biológica creaba una presunción en contra de quien asume tal actitud procesal[2]. Allá por la década de los años 70 sobrevino la prueba de histocompatibilidad (HLA –*Human Lymphocyte Antigen*-) que, dirigida originalmente a evitar los rechazos de trasplantes orgánicos en seres humanos, fue aplicada en las investigaciones de filiaciones y, por ser más concluyente que la anterior, robusteció la opinión imperante[3]. Luego fue superada por la aparición del ADN[4]. Así, los estudios para la identificación de la individualidad de las personas pueden ser resueltos investigando la variabilidad o polimorfismo de la molécula del ácido desoxirribonucleico cuya sigla es ADN o DNA –según la literatura inglesa-[5]. El examen genético de ADN, correctamente realizado, es en la actualidad, el medio científico que alcanza el mayor grado de certeza en la investigación de filiaciones en tanto permite excluir la paternidad en un 100% e incluirla en un 99,99%[6].

Tan solo algunos de los ejemplos de lo acontecido en los últimos cien años, lapso que si bien para un mortal es poco más que su vida entera, para la historia de la humanidad significa simplemente un grano de arena en la inmensidad del médano.

La informática es uno de esos adelantos tecnológicos, de los más sorprendentes de los que fue capaz de desarrollar el ser humano. En sus principios se estableció la puja entre el hombre y la

computadora. ¿Podría ésta derrotar al hombre? Entiendo que el hombre venció con creces, puesto que fue capaz de perfeccionar la tecnología a grado tal que, paradójicamente, casi se ha convertido en un esclavo de la computadora. Todo es manejado por la informática. Sin darnos cuenta se ha producido una invasión de la cibernética en nuestro modo de vida que prácticamente no la notamos hasta que nos falta. Si necesitamos dinero a una hora inconveniente, el cajero automático nos lo proporciona (si antes lo depositamos en la cuenta bancaria, claro está). Nos interesa buscar información sobre algún tema específico, nos conectamos y “navegamos” en la red Internet. Deseamos realizar una compra en cualquier lugar del mundo, utilizamos la tarjeta de crédito. Si no viajamos, también podemos hacer compras vía Internet, y el resumen de la cuenta nos será enviado para que cómodamente la abonemos en nuestro domicilio o bien será debitado directamente de la cuenta bancaria. Nos preocupa el saldo de ésta, podemos pedirlo telefónicamente y hasta nos será remitido un fax, o, mejor aún, lo podemos pedir por Internet y lo recibiremos en nuestra cuenta de correo electrónico. Debemos hacer un viaje, efectuamos la reserva telefónicamente y ni siquiera será necesario ir en búsqueda de los pasajes pues nos otorgarán los tiquetes electrónicos y hasta se puede reservar el hotel en el extranjero vía Internet. Necesitamos realizar una comunicación urgente, enviamos un *e-mail*.

En nuestro específico *metier* de operadores del Derecho ya no es necesario pasar horas leyendo empolvados repertorios jurídicos; le ordenamos a la computadora personal que realice una búsqueda por nosotros en alguna publicación jurídica “on line”. La máquina de escribir manual se ha convertido en una especie en extinción (aunque vale la pena tener una a la mano por si se corta el suministro de energía eléctrica), mientras que las, hasta hace no demasiado tiempo, modernas máquinas eléctricas, o las posteriores electrónicas, han dejado paso a las computadoras personales y las posteriores *notebooks* que son llevadas acomodadamente colgadas al hombro para trabajar en determinados lugares o aprovechar “tiempos muertos”. Hasta para realizar cualquier trámite en una dependencia pública o en una empresa privada será menester efectuar la consulta a una computadora. Claro, el problema se suscita cuando alguien nos dice: “se colgó el sistema”.

Sin duda alguna este tremendo adelanto tecnológico se ha incorporado a nuestro *modus vivendi*. Ya no podemos prescindir de él. Pero al mismo tiempo que brinda confort y disfrute, también es un elemento de potencial riesgo, como acontece, por ejemplo, con los informes comerciales de solvencia económica de los bancos de datos[7].

La energía atómica también fue uno de esos adelantos científicos que el hombre supo lograr, pero, sin embargo, el mundo estuvo al borde de la destrucción con su constante amenaza. De la misma manera, un indebido empleo de la informática puede producir efectos tan nocivos y destructivos como la energía nuclear. Hay quienes expresen su ingenio en la búsqueda de burlar y traspasar las barreras de los códigos de seguridad de los sistemas informáticos (“*hackers*”), como los hay otros que denodadamente, sin escatimar esfuerzos –hasta por diversión–, tratan de elaborar los tan temidos virus que los contaminan y los tornan inoperables. Basta con pensar qué sucedería si se lograra acceder a un sistema informático y se alteraran o fueran destruidos los datos de un sistema de defensa de uno o varios países (como aconteció en el Pentágono de los Estados Unidos de Norteamérica) o de un banco mundial; sería factible una guerra mundial o una hecatombe económica.

Al igual que se debió poner límites al desarrollo de la energía atómica, se le deben poner al de la informática. Es tarea de los científicos de la tecnología continuar con su expansión en beneficio del hombre, pero también la de idear dispositivos técnicos que impidan nefastas intromisiones. Es tarea de los hombres de derecho imaginar con creatividad mecanismos legales para proteger no sólo ese desarrollo tecnológico (derecho informático), sino, por otro lado, intentando anticiparse y prever –a la manera de Julio Verne– los futuros, constantes y vertiginosos adelantos cibernéticos

para prevenir los peligros del poder informático.

Es conocido que el Derecho va a la zaga de los descubrimientos y adelantos científicos y tecnológicos, pero podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que cada vez más debido a la velocidad con que éstos se producen ante la imposibilidad de ser seguidos adecuadamente por el Derecho, lo cual aletarga su reacción.

Más allá de la demora en regulaciones sustanciales, esto se evidencia en materia de Derecho probatorio. Los juristas y magistrados deben hacer verdaderos esfuerzos para intentar, al menos, estar al nivel y receptar los beneficios de tales adelantos en provecho del fin último del proceso, cual es el establecimiento de la verdad jurídica objetiva; en la medida que humanamente sea posible, de la verdad.

Alertaba el maestro Morello: “En el tiempo inmediato, en que seguramente las conquistas científicas nos deslumbrarán aún más, el Derecho deberá hacer un redoblado esfuerzo de superación de sus propios niveles, para no quedar inmovilizado y, al cabo, descompensado. No hay obstáculos infranqueables para que, en ese desafío, se perfeccione desde los dos flancos: la evolución de la ciencia natural y el progreso técnico, por un lado, y el de la *apertura y superación de los logros de la ciencia jurídica* que manejan los operadores del Derecho en la búsqueda de la verdad, lo que provocará que la cuña científica cobre otro voltaje, *desde el encofrado jurídico*. Finalmente, importará evitar excesos de posición de uno y otro lado, balanceando, proporcionalmente, el punto adecuado (y dinámico) del equilibrio global. Lo que no podremos esquivar es que la científicidad de la prueba ha subido a escena y, cada vez, reivindicará, en el espectáculo del proceso, un papel de mayor relieve[8]”[9].

Desde esta perspectiva, no se le puede pedir al juez que posea una ciencia igual o superior a la del científico; debemos contentarnos con que el juez controle, adecuadamente, el *grado de aceptabilidad* –conforme al del conocimiento común- *de los nuevos métodos científicos*, o bien la racionalidad del procedimiento y conclusiones seguidas y que aporta el científico, *única manera de que se satisfaga con la lente jurídica* los modos de control que posee la “opinión pública” frente a ese cometido[10].

II. Prueba preconstituida

Frecuentemente, los justiciables, ante la existencia de un conflicto y previendo un futuro litigio, preparan la prueba de determinados hechos a fin de hacerla valer llegado el caso.

Es lo que se conoce con la denominación de *prueba preconstituida*. Se ha dicho que “la intervención del juez en el ordenamiento de la producción de la prueba es la frontera conceptual que determina que una prueba sea preconstituida o sea prueba judicialmente adquirida. La intervención del juez determina la presencia del Estado en el proceso, y es la garantía de seguridad y certeza en la actividad probatoria, circunstancia que no se encuentra presente frente a la prueba preconstituida. Y se ha agregado un elemento subjetivo a dicha distinción, determinando que para hablar de prueba «preconstituida» no basta la circunstancia de que el medio probatorio se haya formado con anterioridad al proceso, sino que es necesario la intención de acordarle tal carácter[11]”[12].

Su valor probatorio no sólo depende de la naturaleza, sino de las circunstancias del caso y de los demás elementos colectados en el proceso.

La prueba preconstituida en general es mirada con desfavor, porque emana de personas voluntariamente vinculadas a los hechos sobre los cuales certifican o deponen, cuyo conocimiento no se produce por circunstancias casuales, sino intencionalmente, y a requerimiento de la parte interesada, en las averiguaciones de aquéllos, o en la constitución anticipada de una prueba[13], ha tenido diferente suerte en la jurisprudencia[14].

Cuando hablamos de prueba preconstituida inmediatamente se nos representa la imagen de una constatación realizada por un escribano público, que puede incluir la toma de fotografías que también certifica el notario.

Sin embargo, esta no es la única forma de preconstituir prueba. Por ejemplo, la comparecencia de un empleado con dos personas de su conocimiento a su lugar de trabajo para que oficien de testigos en caso de mediar negativa de trabajo por parte de su empleador; el intercambio epistolar provocado para fijar posiciones o extraer de su futuro contendiente manifestaciones que lo perjudiquen.

En el caso de la constatación mediante escribano público, en tanto instrumento público, hace plena fe hasta que sea redargüida de falsedad por acción penal o civil. No obstante, en este punto interesa distinguir los hechos que fueron verificados personalmente por el oficial público de aquellos que no lo fueron. Los primeros gozan de la presunción legal *iuris tantum* de verdad de los hechos pasados ante el oficial público. Los últimos no, debiéndose puntualizar que en esta dirección, recogiendo la doctrina jurisprudencial en rededor de los arts. 993, 994 y concordantes del hoy derogado Cód. Civil[15], el nuevo Código Civil y Comercial prevé que los instrumentos públicos, que tienen pleno valor probatorio hasta tanto sean redargüidos de falsos en cuanto a que el acto se ha realizado, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él. Por otra parte, la simple prueba en contrario es suficiente en lo que hace al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado (art. 296, incs. *a* y *b*, respectivamente). Así, la certificación por escribano público de una fotografía ilustrativa de daños en una cosa (un inmueble, un automóvil, etc.) goza de la presunción de verdad del estado de la cosa cuando el notario la constató, pero no de la causa que originó los daños que muestra la fotografía[16][17].

En este sentido, también prevé el art. 312 del nuevo Código Civil y Comercial, que el valor probatorio de las actas notariales se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y se debe dejar constancia de las declaraciones y juicios que emiten, debiendo las declaraciones ser referidas como mero hecho y no como contenido negocial.

En el supuesto de los conocidos del empleado, luego declararán en sede judicial, pues para eso lo acompañaron. En el del intercambio epistolar, si no son reconocidas las misivas, se prueba su autenticidad mediante un pedido de informes a la empresa de correos si se trata de medios fehacientes, o por pericia caligráfica si es correspondencia común.

Podemos hablar, incluso, de preconstituir prueba mediante la promoción –por denuncia- de una causa penal, como es el caso de los accidentes de tránsito si no actuó de oficio la autoridad policial. Así, por ejemplo, en ella se va a producir un informe médico legista sobre las lesiones que presenta la víctima, un informe mecánico con relación a los daños que ostente el automóvil embistente, se recibirán eventualmente testimonios, etc., probanzas que si bien son producidas en un proceso judicial, luego serán evaluadas por un juez distinto al penal, el juez civil que entienda

en la demanda por daños y perjuicios; es lo que la doctrina denomina *prueba trasladada*.

Pues bien, la tecnología ha suministrado una serie de elementos que en la actualidad son frecuentemente utilizados para preconstituir prueba (v.gr., faxes, correos electrónicos –*e-mails*-, grabaciones magnetofónicas, videofilmaciones, como de otra índole, *compact discs*, DVD, etc.), y que, al ser empleados en un proceso judicial, provocan dificultades probatorias y, asimismo, también otros inconvenientes de índole procesal.

III. Prueba y valor probatorio del fax y del correo electrónico (*e-mail*)

Se entiende por *documento*, en sentido amplio, todo objeto capaz de reflejar una manifestación del pensamiento o la existencia de un hecho pasado o presente.

Cuando se habla de “documento”, inmediatamente se representa en la mente la imagen de un papel escrito y firmado. Sin embargo, dentro del concepto procesal de prueba documental también quedan incluidas una diversidad de elementos proporcionados por los adelantos tecnológicos tales como fotografías (más modernamente digitales), grabaciones magnetofónicas, películas cinematográficas, videocintas, *compact discs*, DVD, radiografías, dibujos, planos, marcas, cuadros, libros, publicaciones, códigos de barras, faxes, correos electrónicos –*e-mail*-, mensajes de texto de teléfonos celulares, etc.[18][19].

El derogado Cód. Civil, en sus arts. 979 a 1036, se refería a la forma, recaudos y efectos de los documentos en que se plasmaran los actos jurídicos, con la denominación de *instrumentos*. Los instrumentos, según emanaran o no de sujetos investidos de autoridad para hacerlo (como ser escribanos públicos, funcionarios gubernamentales, secretarios de juzgado), se podían clasificar respectivamente en *públicos* (arts. 979 a 1011) o *privados* (arts. 1012 a 1036).

El nuevo Código Civil y Comercial, en sus arts. 284 a 288, se dedica a la forma y firma de los documentos en que se plasmen los actos jurídicos con la denominación genérica de *instrumentos particulares*, aclarando en el art. 287 que pueden estar firmados o no. Si están firmados se denominan instrumentos *privados*, y, en caso contrario, instrumentos *particulares no firmados*, categoría que comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información. En los arts. 289 a 312 contempla los instrumentos *públicos*, es decir, los que emanan de sujetos investidos de autoridad para hacerlo, y, a los instrumentos *privados* y los *particulares*, en los arts. 313 a 319.

Es decir, que según la clasificación que observa ahora el nuevo Código Civil y Comercial, la denominación de *documento* es genérica y comprensiva de los *instrumentos*, sean éstos *privados* o *particulares no firmados*. Con ella se refiere a la universalidad de objetos susceptibles de representar una voluntad o un hecho. La expresión *instrumento* queda reservada para aquellos documentos representativos de los actos jurídicos o de los simples actos lícitos (arts. 259 y 258, respectivamente) y, aunque en realidad no son representativos de éstos, y sólo por su inclusión en el art. 287, 2º párr., a los impresos, registros visuales o auditivos de cosas o hechos, de la palabra y de información.

Los adelantos tecnológicos en los medios de comunicación han dado lugar al envío de mensajes de manera electrónica, como el fax y el correo electrónico vía Internet –*e-mail*-, que generan una problemática de difícil solución para los operadores jurídicos en lo que hace al valor probatorio de

tales medios.

Así, en reemplazo de la antigua correspondencia escrita en papel, salvo que la situación amerite el empleo de un medio fehaciente, aunque no es aconsejable, era moneda corriente que se usara el fax. En la actualidad indudablemente es el e-mail el que reemplaza a la antigua correspondencia, para enviar proyectos de contratos para su corrección, condiciones de venta con relación a operaciones determinadas, etc., etc., los cuales muchas veces implican prueba preconstituida porque contienen información jurídicamente relevante, que, incluso, no fue concretamente la intención con la cual se enviaron o intercambiaron.

Lo que se envía y recibe no es un objeto material como un papel escrito, sino que la comunicación se realiza por interfases que traducen el lenguaje común y legible luego de una conversión de pulsos analógicos a digitales, encriptaciones en soportes magnéticos o electrónicos, desencriptaciones a voz o papel, sea a través de un fax o de un módem por la línea telefónica o un cable coaxial o cable módem[20].

En el caso del fax, en definitiva, lo que se puede presentar en un proceso judicial es el papel escrito que fue enviado o el que fue recibido; en este último caso, a menos que se trate de un aparato de fax que funcione con papel común, será un papel especial que se irá tornando ilegible con el transcurso del tiempo, lo cual genera un inconveniente adicional, por cuanto la permanencia en el tiempo es una condición esencial de todo documento.

Como tal, por tanto, es una prueba documental; la problemática radica en probar el envío, la recepción y la autenticidad del contenido del fax, pues aunque éste se halle firmado no resulta posible determinar la autenticidad de la firma mediante una prueba pericial caligráfica, de la misma manera que tampoco es posible hacerlo de la fotocopia de un documento firmado. Sucede que es fácil programar en el aparato de fax el número telefónico desde el cual se envía, los datos del emisor, fecha, hora, etc.

Desde esta perspectiva, si el fax presentado como prueba documental es reconocido por la contraparte como enviado o recibido, y tampoco se cuestiona su contenido, entonces tendrá pleno valor probatorio, de la misma manera que lo tiene un documento privado. De lo contrario, será prácticamente imposible acreditar su autenticidad, pues aunque mediante informes de las compañías telefónicas se confirmara el llamado desde una línea de teléfono a la otra, quedará sin acreditación el texto, el contenido del fax, pues no queda almacenado dentro del aparato[21]. Esto hace aconsejable no utilizar el fax para comunicaciones importantes.

En lo que hace a los correos electrónicos –*e-mails*–, como previo dable es aclarar que se puede considerar red de Internet al sistema de interconexión de una infinidad de computadoras sin importar dónde se encuentren, por medios y servicios de comunicaciones. La comunicación que llegue a cada una de esas computadoras podrá ser común a todas o sólo alguna. La información puede provenir de archivos o de un emisor, ser generalizada o estar dirigida a un destinatario o grupo determinado; así, el e-mail es un subsistema de esta red mundial que consiste en un servicio que permite enviar y recibir mensajes de una computadora a otra cualquiera que se conecte a la red[22]. Se asemeja al tradicional correo postal de mensajes escritos en papel; no obstante, por la red, será necesario un servidor que reciba el mensaje enviado y lo transmita a su o sus destinatarios, todos los cuales deberán tener una “casilla de mensajes” equivalente a la dirección postal[23].

En opinión de Carlino, se denomina documento electrónico a toda representación digital de actos, hechos o datos jurídicamente relevantes. Se puede encontrar firmado digitalmente, cuando se le ha aplicado una firma digital resultante de la transformación del documento digital, empleando técnicas de criptografía asimétrica y un digesto seguro. Dicho documento resultará apto para activar un derecho, expresión que comprende tanto adquirir derechos como contraer obligaciones, y abarca todo tipo de procesamiento electrónico de datos. Asimismo, existe consenso en determinar conceptualmente las partes en que se compone el documento electrónico: el soporte (elemento material que contiene la declaración, de naturaleza electrónica), la grafía (representación externa, para lo que se vale de un medio y de un lenguaje) y la declaración contenida (contenido del documento). Dentro del género del documento electrónico, se distingue una de sus especies: el instrumento informático, que se define como aquel documento que se instrumenta y se manifiesta en grafía legible y en soporte papel[24].

Según el art. 6 de la ley 25.506 –de firma digital-, el documento digital es la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, aclarando que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre las firmas electrónicas (2001) –art. 2, inc. c-, al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico (1996) –art. 2, inc. a-, define al mensaje electrónico de datos como la “información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax”[25].

El 9º párr. del art. 77 del Cód. Penal, incorporado recientemente por la ley 26.388, establece que el término documento comprende toda representación de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento, archivo o transmisión.

En consecuencia, se puede decir que los mensajes electrónicos de datos deben ser considerados documentos.

Sin embargo, la problemática radica en determinar si esos mensajes de datos producidos en soportes electrónicos, magnéticos, o a través de fibra óptica, toleran los requerimientos básicos de confiabilidad de todo documento: *inalterabilidad, autoría y durabilidad*.

La institucionalización de la firma digital por medio de la ley 25.506 no tuvo la repercusión esperada, pues a más de catorce años de la sanción y entrada en vigencia de la ley 25.506[26], todavía es difícil encontrar una persona que tenga habilitado el sistema para firmar documentos digitalmente. Así, se encuentra generalizado el uso de mensajes de datos que no tienen firma digital –comúnmente denominados *e-mails*-, lo cual provoca el problema de determinar su eficacia probatoria, caso que también se da cuando la firma digital no cumple con los parámetros de validez dispuestos por la ley 25.506 y su decreto reglamentario 2.628/2002.

Como al igual que con el fax, lo que materialmente se puede presentar es una impresión en papel del *e-mail*, si al contestar el traslado el envío o la recepción de aquél fuera reconocido o no fuera desconocido expresamente por la parte contraria, tiene absoluto valor probatorio. Sin embargo, de la misma manera como es improcedente presentar cartas de terceros, también lo es la de presentar *e-mails* dirigidos o enviados a terceros ajenos al proceso sin su autorización debido a su inviolabilidad (art. 5, ley 25.520)[27].

El art. 318 del nuevo Código Civil y Comercial también prescribe que los terceros no se pueden valer de la correspondencia (que comprende cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla) sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

Pero en lo que hace al objeto de este trabajo, también el art. 318 del nuevo Código Civil y Comercial establece que “la correspondencia, *cualquiera sea el medio empleado* para crearla o transmitirla puede presentarse como prueba por el destinatario”, frase que obviamente comprende a los correos electrónicos –*e-mails*-. También el art. 286 del nuevo Código se refiere a la utilización de cualquier soporte con texto inteligible aunque su lectura exija medios técnicos para los instrumentos públicos, privados o particulares no firmados; y, asimismo, su art. 288, 2° párr., relativo a los instrumentos generados por medios electrónicos prescribe que “el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza *una firma digital*, que asegure *indubitablemente* la autoría e *integridad* del instrumento”.

En mi opinión esta última referencia no hace viable interpretar y sostener que estrictamente se trata de la firma digital que instauró la ley 25.506, sino simplemente de una electrónica que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. La norma dice: “*una*” firma digital, o sea que no se refiere concretamente a “*la*” firma digital instaurada por la ley 25.506, es decir, que puede ser cualquier tipo de firma digital o electrónica, siendo dable puntualizar que la “firma electrónica” también está contemplada en la ley 25.506 aunque con distinto alcance o efecto. A mi entender el uso de la terminología “digital” o “electrónica” ha sido simplemente una cuestión de asignarle arbitrariamente denominaciones para que en el lenguaje de la ley se pudiera establecer los efectos distintos de una u otra firma.

Así, según el art. 5 de la ley 25.506, la firma electrónica es el conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizados por el signatario como su medio de identificación, que carezca de algunos de los requisitos legales para ser considerada firma digital. Conceptualmente, la *firma digital* es un conjunto de datos asociados a un mensaje que permite asegurar la identidad del firmante y la integridad del mensaje. La firma no implica que el mensaje se encuentre encriptado, es decir, que éste no pueda ser leído por otras personas. El firmante genera mediante una función matemática una huella digital del mensaje, que se encripta con su clave privada[28]. El resultado es lo que se denomina firma digital, que será enviada adjunta al mensaje original. De esta manera, el firmante anexará al documento una marca que es única para ese documento y que sólo él es capaz de producir. El receptor podrá comprobar que el mensaje no fue modificado desde su creación y que el firmante es quien dice serlo a través del siguiente procedimiento: en primer término generará la huella digital del mensaje recibido, luego descifrará la firma digital del mensaje utilizando la clave pública del firmante y obtendrá de esa forma la huella digital del mensaje original; si ambas huellas digitales coinciden significa que el mensaje no fue alterado y que el firmante es quien dice serlo[29].

Desde otro punto de vista, dable es apreciar que en el Anteproyecto original del nuevo Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión Redactora, el art. 288, 2° párr., decía que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma de una persona “queda satisfecho si se utiliza *un método* que asegure *razonablemente* la autoría e *inalterabilidad* del instrumento”. Este artículo no fue modificado por el Poder Ejecutivo Nacional y, así, fue enviado como Proyecto de Ley al Congreso de la Nación. El cambio de la frase “*un método*” y de los vocablos “*razonablemente*” e “*inalterabilidad*” contenidos en la redacción original del Anteproyecto por la frase “*una firma digital*” y los vocablos “*indubitablemente*” e “*integridad*”, respectivamente, se produjo en la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación, pero sin que fueran debidamente explicadas en el dictamen que emitió, ni tampoco fue objeto de debate en la Cámara de Senadores

ni luego en la de Diputados. De manera que no se puede decir que ha sido la “intención del legislador” referirse a la firma digital instaurada por la ley 25.506, sino que ha sido una denominación genérica a cualquier forma de firma digital o electrónica, no que fuese “*un método*”, frase que por su ambigüedad[30] podría producir confusión, que asegure “*indubitablemente*”, es decir, fuera de toda duda[31] en lugar del vocablo “*razonablemente*” que adolecía de vaguedad[32], e “*integridad*” del instrumento, aunque hubiese sido preferible mantener el vocablo “*inalterabilidad*” porque a mi entender ésta hace a la imposibilidad de alterar el contenido del documento generado por el sistema electrónico[33], no simplemente a que el documento sea completo o “*íntegro*”[34].

Más allá de estas disquisiciones terminológicas, el problema se presenta cuando la recepción o el envío del *e-mail* son negados. Su valor probatorio dependerá de la acreditación del envío y la recepción de él[35].

Si bien no es sencillo, es factible acreditar estas circunstancias mediante un pedido de informe a la empresa en la cual se encuentra la cuenta de correo electrónico –la dirección de *e-mail*- (v.gr., una cuenta *hotmail.com*, a la empresa Microsoft) sobre todos los datos que registre de su titular (nombre y apellido, número de documento, domicilio, etc.) y las direcciones IP que se hallen en el historial de los log’s de las conexiones realizadas en un lapso determinado. Con las direcciones de IP informadas se puede establecer el proveedor del servicio de Internet con el cual se realizaron las conexiones, y con un informe requerido a éste los datos del usuario de las direcciones IP[36].

Pero aun acreditadas esas circunstancias, el problema persiste si el contenido del *e-mail* es negado. Una posibilidad para probarlo sería la de requerir informe al servidor de Internet por el cual fue enviado el *e-mail*. Pero resulta ser que no hay una normativa que establezca que los servidores deban mantener los mensajes por un tiempo determinado, con lo cual no podrían informar si el mensaje fue efectivamente recibido o enviado, ni tampoco su contenido. Hay servidores que los almacenan durante cierto tiempo de acuerdo a las condiciones de contratación con los usuarios, pero esta posibilidad, obviamente, no es confiable. Ni hablar si se trata de un servidor extranjero. Pero aunque pudieran informar sobre el envío y/o recepción de un *e-mail*, no podrían hacerlo sobre su contenido en lo que hace a su autoría e inalterabilidad. De aquí que no resulte una prueba de extrema seguridad[37].

Más idónea aparece la prueba pericial a realizar sobre el ordenador (la PC) desde el cual fue supuestamente enviado o recibido el *e-mail*, a cargo de un ingeniero en sistemas o experto en criptología, o la especialidad que en el futuro la técnica indique como adecuada. El mensaje de datos objeto de la pericia tiene el inconveniente de que puede ser fácilmente eliminado o alterado del equipo de la PC; esto nos lleva a que la producción de la peritación se debería realizar de manera anticipada[38], complementada con el secuestro del equipo de computación de que se trate, sin que su propietario tenga conocimiento con anterioridad –para evitar el riesgo de que los archivos sean eliminados o alterados-, dándose intervención al defensor oficial para que se encuentre garantizado su derecho de defensa en juicio (art. 327 del C.P.C.C.N.)[39]. Se debe tener en cuenta, especialmente en este sentido, la modificación introducida por la ley 25.488 mediante la incorporación del inc. 4 al art. 326 del C.P.C.C.N. que permite proceder al secuestro del equipo de computación.

No obstante, aunque se pudiera determinar mediante la prueba pericial la existencia del *e-mail* en el equipo receptor o emisor, de todas maneras quedaría sin determinar la autoría del documento, pero es innegable que se trata de un indicio grave de su existencia como para presumirla[40].

Sea que se utilicen los *e-mails* sin firma digital o el documento digital firmado digitalmente, por

ahora, dado que el manejo de la carga de la información es humana, como, asimismo, la existencia de los referidos “hackers” y creadores de virus, no resolvemos el problema de la seguridad jurídica. Recordemos que nadie puede alegar su propia torpeza, y a esta altura de la informática y su suerte jurisprudencial[41], es aconsejable utilizar los *e-mails* sin firma digital como mero medio de comunicación mas no para cuestiones de trascendencia jurídica[42].

Sin embargo, es de tomar debida cuenta que el nuevo Código Civil y Comercial contempla, como modalidades especiales de los contratos, la utilización de medios electrónicos. Así, el art. 1106 establece que el requisito de escritura del contrato, cuando es exigida esta forma de instrumentación, se debe considerar satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar. También según el art. 1107, si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar (que se debe ejercitar por escrito o medios electrónicos o similares o mediante la devolución de la cosa dentro del plazo de diez días computados a partir de la celebración del contrato –art. 1112-), todos los datos necesarios para la utilización correcta del medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo, y para tener absolutamente claro quién asume esos riesgos. De la misma manera el art. 1108 prevé que las ofertas de contratación por medios electrónicos o similares deben tener vigencia durante el período que fije el oferente o, en su defecto, durante todo el tiempo que permanezcan accesibles al destinatario, debiendo el oferente confirmar por vía electrónica y sin demora la llegada de la aceptación. En definitiva, comunicaciones todas que serán efectuadas por correo electrónico sin el empleo de firma digital, y que, por tanto, en la práctica ocasionarán más de una disputa judicial sin posibilidad de certeza en los pronósticos de la solución definitiva.

La situación es más complicada cuando se trata de mensajes de texto de teléfonos celulares[43].

Dable es señalar en este cauce que el nuevo Código Civil y Comercial dispone en su art. 319, aunque traspasando el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional, en tanto no establece concretamente el valor probatorio del instrumento privado sino las circunstancias o pautas para la apreciación de la autenticidad de éstos que corresponde a los códigos procesales contemplar, y que, de todas maneras, están comprendidas dentro de las reglas de la sana crítica (art. 386 del C.P.C.C.N., como sus concordantes en otros ordenamientos procesales). El artículo sostiene que el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen, como también las videocintas o grabaciones de voz por cualquier medio técnico empleado, incluso las que obran en la Internet, que ahora están contempladas en el art. 287 como instrumentos particulares no firmados.

IV. Distintos “documentos” y la presentación de copias

El problema se presenta cuando hay que dar cumplimiento con la carga de acompañar copia de determinados “documentos” –muchas veces logrados como prueba preconstituida-, agregados generalmente con la demanda y con la contestación de demanda, para que se corra traslado de ellos.

Según el art. 121 del C.P.C.C.N. –como en la mayoría de los códigos procesales provinciales-, se puede eximir al litigante de esa carga cuando la reproducción fuese dificultosa por su número, extensión, o cualquier otra razón atendible, en cuyo caso el juez debe arbitrar las medidas necesarias para obviar a la otra u otras partes los inconvenientes derivados de la falta de copias.

Cuando se trata de grabaciones en cassetes, videograbaciones, CD –*compact discs*-, disquetes, DVD, y otros medios informáticos o de grabación modernos, como ocurre cada vez con mayor frecuencia, si bien se pueden copiar, es imposible que la parte o su letrado los firmen a modo de autenticación o garantía de que son copia fiel de los originales como lo prescribe el art. 120 del C.P.C.C.N. La dificultad radica en constatar a simple vista que su copia se corresponde con el original presentado.

En estos casos dependerá de los medios técnicos con los que cuente el juzgado para que el litigante contrario pueda examinarlos. Si el juzgado no los posee, entonces, se podría designar una audiencia para que en ella, y con el elemento técnico que deberá proporcionar quien lo presentó, la otra parte pueda examinarlo[44].

En un caso en el cual me toca intervenir, la parte contraria agregó con su contestación de demanda un CD diciendo que contenía la representación dinámica de la secuencia de la mecánica de un accidente de tránsito que había sido elaborada por un ingeniero mecánico mediante el empleo de un software especial.

Al contestar el traslado que se me corrió, expuse que me veía imposibilitado de contestar categóricamente hasta tanto no tuviera la posibilidad de examinar el CD, a cuyo efecto pedí que se designara una audiencia. Después de varios años, hasta el momento no tuve la posibilidad de responder porque sólo se tuvo presente mi pedido. Y aunque la parte contraria hubiese acompañado copia del CD la situación no habría variado, porque hubiera sido necesario cotejar si esa copia se correspondía con el original.

En otro caso, era necesario preconstituir prueba constatando por un escribano público el contenido de la página web de la futura parte demandada que favorecía la posición de la actora, pues sería muy fácil para el demandado alterar el contenido o directamente suprimir la página web una vez que tomara conocimiento de la demanda.

No era posible imprimir las distintas pantallas de la página web para que las certificara el notario, como había hecho en otras oportunidades, puesto que la página web era dinámica, esto es que las imágenes tenían movimiento, no sólo por algunas videograbaciones, sino porque el texto iba corriendo a medida que se lo leía.

Opté entonces por realizar una copia de la página web en un CD y que el notario la certificara. Lo que en teoría no tenía inconvenientes, resultó en la práctica que no se daba con el técnico que tuviera suficientes conocimientos como para hacerlo. Finalmente, se encontró el técnico y el notario constató el procedimiento de copiado y que el contenido del CD efectivamente era copia de la página web.

Pero como la firma sobre el CD no significa que luego no se pueda alterar lo grabado en él, el escribano labró un acta de comprobación en la cual dejó constancia del contenido de la página web y de todos los pasos efectuados, a la cual anexó copias certificadas de impresiones de distintas pantallas, e introdujo el CD en un sobre que cerró y firmó adecuadamente para que si fuese abierto se destruyera su firma.

En esas condiciones agregué con la demanda el acta notarial con el CD y acompañé copia también de éste. En realidad, aunque la parte contraria tuvo a su disposición una copia del CD, no le era factible verificar si el contenido del CD agregado como copia se correspondía con el que estaba en el sobre cerrado sin que éste fuera abierto.

Claro, se podría haber abierto el sobre en una audiencia, verificado que la copia en el CD correspondía al del sobre, para lo cual se debería contar en el tribunal con una PC que pudiera leer los CD, y luego vuelto a cerrar el sobre y firmarlo adecuadamente el secretario o incluso el juez; pero nada de esto se hizo.

V.Las videograbaciones y la prueba anticipada

Otro supuesto significativo de los inconvenientes que al operador jurídico provocan los avances tecnológicos con relación a la preconstitución de prueba y a las medidas conservatorias de pruebas (prueba anticipada), lo encontramos en los casos de informaciones periodísticas falsas o de injurias o calumnias proferidas a través los medios de comunicación, cuando el medio es radial o televisivo, puesto que si es por la Internet se puede acudir al procedimiento mencionado en el párrafo anterior respecto de las páginas web.

La prueba –podríamos decir- crucial para determinar la responsabilidad de la emisora, es la grabación del espacio radial o televisivo en el cual fue propalada la noticia falsa, la injuria, la calumnia, etc., ya se trate el mencionado espacio de un noticiero, programa, audición, sección, flash informativo, placa de noticia de último momento o de cualquier otro tipo aparecidas en la imagen televisiva, tanda publicitaria, etc.

Para obtener esa fonograbación o videograbación es admisible proceder a su secuestro como prueba anticipada, y, además, sin que la emisora tenga un previo conocimiento de que se realizará, a fin de evitar que la altere o la oculte manifestando simplemente que no realizó la grabación de la emisión, pues de todas maneras su derecho de defensa en juicio queda asegurado por cuanto participará de la diligencia.

La ley 25.488 reformadora del C.P.C.C.N. se quedó a mitad de camino por cuanto si bien incorporó el inc. 4 al art. 326 permitiendo el secuestro de documentos como prueba anticipada, no estableció concretamente de qué manera se debe proceder.

En un caso solicité como prueba anticipada el secuestro de la grabación videográfica de la emisión de un canal de televisión entre dos horas determinadas en las que se había difundido una noticia falsa.

El juez hizo lugar a la prueba anticipada, pero en lugar de ordenar el secuestro de la videograbación de la emisión, dispuso que se efectuara una copia de ella por entender que debía quedar el original en la emisora por si algún justiciable la requiriese. Para ello ordenó que personal idóneo de la Policía Científica de Gendarmería Nacional prestara colaboración al oficial de justicia que realizaría la diligencia a efectos de resguardar que la copia se realizara en el canal sin riesgo de adulteración o supresión. Ya de por sí, resultó una complicación coordinar con el oficial de justicia y con las autoridades de la Gendarmería Nacional el día y hora de la diligencia.

Se realizó la copia de la grabación de la emisión televisiva en dos videocasetes; el oficial de justicia

labró el acta pertinente y los videocasetes fueron introducidos en un sobre adecuadamente cerrado y firmado, y al día siguiente lo entregó en el juzgado.

Posteriormente, para poder analizarla, peticioné que se dispusiera el medio por el cual pudiera tener acceso y ver la copia de la videograbación efectuada.

La resolución fue la siguiente: “A fin de permitir a la actora examinar la documentación grabada y, al mismo tiempo resguardar su seguridad, requiérase de Policía Científica de la Gendarmería Nacional –Dirección de Pericias- la emisión de una copia de seguridad. A tal fin líbrese oficio en el que se solicitará se sirva designar personal autorizado para que se constituya en el juzgado a efectos de recibir los dos video-tapes copiados y, una vez realizada la nueva copia, proceda a su devolución ante la actuario”.

El oficio se libró; personal de Gendarmería Nacional retiró los videocasetes, realizó las copias y devolvió los originales con la nueva copia. Todo ello insumió dos meses, para poder examinar la copia de la grabación de la emisión.

En otro caso, por haber originado daños y perjuicios un programa de televisión por aire, acompañé la grabación videográfica en DVD de la emisión de tres programas. El juez ordenó igualmente que se requiriera al canal de TV remitir copia videograbada de los programas. El canal de TV cumplió con la orden judicial enviando tres DVD. Entonces, solicité que se fijara una audiencia para verificar si el contenido de esos tres DVD se correspondía con las videograbaciones acompañadas con la demanda. La audiencia fue designada para más de veinte días después. Dado este tiempo excesivo, convine con el denominado “audiencista” –empleado del tribunal encargado normalmente de llevar a cabo las audiencias- en ir al juzgado un día que no tuviera audiencia para poder efectuar la verificación sin tener que esperar tantos días, lo cual se realizó con autorización del juez, examen del cual resultó que las videograbaciones no se podían ver.

(**)Extracto del libro "E-mails, chats, mensajes de texto, Facebook y dvd. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral. Estudio doctrinario conforme al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Compendio jurisprudencial", Edición de elDial.com, Julio 2015

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Museo Social Argentino; profesor adjunto de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Museo Social Argentino; profesor invitado en cursos de posgrado y en la Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Fundesi, y de Especialización en la Función Judicial de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal; del Instituto de Derecho Procesal Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales; del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la International Law Association; Director del Suplemento de Derecho Procesal de elDial Biblioteca Jurídica Online. Ha dado seminarios y escrito libros y publicado artículos, notas a fallos y comentarios de libros de su especialidad (La Ley, Doctrina Judicial, Revistas de Derecho Procesal y de Derecho de Daños de Rubinzal-Culzoni, Revista de Doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, elDial Biblioteca Jurídica Online, Revista de Derecho de Familia de LexisNexis, Revista “Abogados” del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Revista “Conceptos” de la Universidad del Museo Social Argentino, Revista Compendio de Jurisprudencia-Doctrina y Legislación de Errepar y Revista del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín), como, asimismo, dado conferencias y participado con ponencias en Congresos y Jornadas de su especialidad en el país y

en el extranjero.

hectoreleguisamon@speedy.com.ar

hectorleguisamon@estudioleguisamon.com.ar

[1] DUTTO, Ricardo J., *El derecho identitario del niño. Significación y valoración de las pruebas biológicas*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 2002-2, *Derecho procesal de familia*, p. 144, Rubinzal-Culzoni, 2002.

[2] BOSSERT, Gustavo A., y ZANNONI, Eduardo A., Régimen legal de filiación y patria potestad – ley 23.264-, ps. 105/106, Astrea, 1985, con citas de BELLUSCIO, Manual, t. II, nº 473; BORDA, Tratado –Familia-, t. II, nº 733; DÍAZ DE GUIJARRO, Valoración probatoria de la negativa a someterse a la investigación de los grupos sanguíneos, J.A. 1947-III-216; ZANNONI, Eduardo A., Derecho de familia, t. II, p. 476, nº 842; GROSMAN, Cecilia P., Acción de impugnación de paternidad del marido, p. 183, § 56; CALAROTA, Determinación de la paternidad por el sistema HLA, L.L. (La Ley) 1985-A-472; Cám. Nac. Civ., sala D, 6/9/1973, E.D. 53-182; id., sala C, 5/3/1977, L.L. 1977-C-70; id., sala F, 12/2/1975, E.D. 67-639; y en contra de MERCADER, Amílcar, La jurisdicción y la prueba. Investigaciones en el cuerpo humano, L.L. 23-120.

[3] CSJN, 1/11/1987, “D., N. N. c/ C., E. J.”, L.L. 1987-E-404; Cám. Nac. Civ., sala F, 7/3/1989, “G. A., R. N., c/ D., A.”, L.L. 1989-E-112/3.

[4] “El F.B.I. informó al Comité de Tecnología de ADN en ciencias forenses por intermedio de J. W. Hicks que el 33% de las inclusiones de vínculo por HLA fueron excluidas por ADN” (DI LELLA, Pedro, Paternidad y pruebas biológicas, p. 22, Depalma, 1997).

[5] El primero en aplicar los estudios en cuanto a la variación de los VNTR (Variable Number of Tandem Repeats) o “minisatélites” –regiones que se encuentran en el ADN genómico que se caracterizan por la repetición en tandem de una misma secuencia de ADN y son secuencias de nucleótidos de distinta longitud- fue Alec J. Jeffreys en Inglaterra, quien acuñó la expresión de “DNA-fingerprinting” o “huellas dactilares de ADN” (JEFFREYS, Alec J., et al., Individual-specific fingerprints of human DNA, Nature 314: 67/73, 1985).

[6] LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, Las presunciones judiciales y los indicios, ps. 171/176, 2ª ed. actualizada y ampliada, Rubinzal-Culzoni, 2006; *Prueba científica de ADN vs. cosa juzgada en procesos de filiación*, ponencia presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Mar del Plata, 2007), Libro de Ponencias, ps. 303/304; página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y el Dial DCE2E; y *Derecho procesal civil*, t. II, p. 85, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.

[7] Ver LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *El hábeas data y la legislación nacional. Los daños punitivos: una herramienta necesaria*, tesis doctoral defendida y aprobada el 28/4/2011 en la Universidad del Museo Social Argentino, a editar por editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

[8] La frase última es de BARBOSA MOREIRA, José, *Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña*, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Comercial*, Bogotá, 1997 (Nº 21-22), ps. 126/138; la cita, que no se refiere a lo que aquí examinamos, en la última de las páginas individualizadas.

[9] MORELLO, Augusto M., *La prueba científica*, L.L. 1999-C-897.

[10] FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *Doctrina general del derecho procesal*, p. 463, “f”, Bosch, Barcelona, 1993.

[11] FARINA, Marta, El documento notarial y la prueba preconstituida, en *Revista notarial*, año 83, nº 833, Colegio de Escribanos, La Plata, 1977: “Dentro de este tipo de prueba, cabe hacer la siguiente distinción: 1) Pruebas que se preparan por adelantado, por pura precaución y sin saber si jamás ha de existir un litigio que haga necesaria su producción; en estos casos se tiene en cuenta la validez del acto, más que su utilización como forma de crear la certeza en el magistrado. 2) Aquellas que se preparan con el fin inmediato de ser utilizadas en un proceso La distinción tiene

importancia por cuanto se ha visto con cierta desconfianza, la prueba que se «preconstituye», ante la inminencia de un proceso, sin la intervención de la contraparte”.

[12] PORZIO, Paula Eugenia, *La actividad probatoria preliminar. ¿Sería necesaria su regulación?*, eIDial DC101C.

[13] CNCiv, sala A, 5/10/1982, “G., M. A. c. E., J. M.”, E.D. 102-747.

[14] CNTrab., sala IV, 16/2/1981, “González, Esteves, R. A. c/ Buek, Eduardo”, BCNT 981-37-14; E.D. 93-674: “Resulta irrelevante la circunstancia de que la prueba que acredita la negativa de trabajo haya sido o no preconstituida, por cuanto nuestro sistema procesal se basa en el principio de la «libre apreciación» y no en el de la «prueba legal» (conf. art. 386, C.P.C.C.N.), y por ende el juzgador puede libre y críticamente inducir de los distintos resultados de los medios probatorios, elementos que lo persuadan acerca de la verdad objetiva (en el caso el trabajador compareció a tomar tareas acompañado de dos testigos)”.

SCJ Mendoza, sala 1ª, 4/7/1984, “Pérez, Rogelio H. c/ Peña de Navarro, Carmen”, del voto en disidencia de la doctora Kemelmajer de Carlucci, E.D. del 24/9/1984, p. 3; J.A. 1985-III-296: “El valor probatorio de las actas notariales es el siguiente: desde el punto de vista procesal, la comprobación notarial de hechos sólo constituye un medio de prueba de los tantos de que pueden valerse las partes, asemejándose a una suerte de prueba testimonial extrajudicial y preconstituida, aunque sin revestir los caracteres de la prueba testifical propiamente dicha. Y sin gozar de las prerrogativas estatuidas en los arts. 993 a 995 del Cód. Civil, pudiendo ser enervada por prueba en contra, pues en definitiva se trata de un documento notarial unilateral, aunque lo refrende un escribano, sin contralor de la otra parte que no ha sido sujeto instrumental del acto”.

CNCiv., sala A, 5/10/1982, “G., M. A. c/ E., J. M.”, E.D. 102-747: “A los fines de sustentar la acción de filiación extramatrimonial, una grabación magnetofónica no es medio de prueba idóneo para acreditar la existencia de relaciones íntimas entre las partes, en el lapso de la concepción, desde que como medio de prueba es de dudoso valor, más aún si se tiene en cuenta que se trata de una prueba preconstituida a la cual se le debe dar una eficacia relativa, por provenir de quien está interesada en producirla en su favor, careciendo por ello, salvo excepciones, de la objetividad necesaria como para no determinar la conducta ajena en favor propio, o no deslindar aquello que contraría a sus intereses o propósitos”.

CSJ Santa Fe, 4/6/1997, “Trossero, Pablo A. c/ Veterinaria Ataliva y/u otros”, L.L. Litoral 1998-243: “Es inconstitucional la sentencia que condena al demandado a indemnizar los daños y perjuicios derivados de su intervención como médico veterinario con fundamento en la prueba preconstituida producida por el actor sin intervención de aquél, máxime cuando la actuación unilateral del vencedor al vender los animales supuestamente afectados de la enfermedad cuya falta de detección se imputara al profesional, impidió a éste acreditar la veracidad de las circunstancias en que cimentó sus argumentos defensivos, importando el pronunciamiento emitido un desconocimiento del derecho de defensa en juicio”.

[15] CTrab. Córdoba, sala 6ª, 26/12/1989, “Rosales, Rubén G. c/ Asociación Gremial de Empleados de Comercio”, L.L. Córdoba 1991-713: “Carece de eficacia probatoria el relato hecho a la escribana, según el acta notarial, en tanto no ha sido por la deponente reproducido o ratificado ante el tribunal. El principio de inmediación así lo exige, ya que si así no se entendiera bastaría con tomar declaraciones testimoniales ante escribanos e incorporarlas como documental, para reemplazar la relación directa entre los testigos y el tribunal, eliminando también la oralidad de la recepción de tal prueba, con todos los efectos positivos perseguidos por el sistema”.

CCiv.Com. y Laboral, Rafaela, Santa Fe, 21/8/1996, “De Sem, Miriam c/ Racionave S.R.L.”, L.L. Litoral 1997-1154: “El sistema instituido por el Código Civil en materia de instrumentos públicos, permite diferenciar la fuerza probatoria de aquellos según las enunciaciones que contengan. En tal sentido, la existencia material de los hechos contemplados en el art. 993 del citado cuerpo normativo sólo podrá enervarse mediante la redargución de falsedad civil o criminal, mas respecto de la sinceridad de las enunciaciones a que aluden los arts. 994 y 995, sólo se requiere prueba en contrario para su desvirtuación”.

CNCiv., sala G, 10/4/1985, “Yun de Lee, Young, Nam c/ Moon, Byung Won”, L.L. 1985-C-267; D.J. (Doctrina Judicial) 1985-4-754: “La afirmación de no haber recibido el precio que la escribana certifica fue pagado en su presencia importa aducir la falsedad de ese hecho, cumplido ante la notaria ya que no se trata de una simple manifestación de partes, susceptible de ser destruida por prueba en contrario, sino de la existencia material de un hecho que el oficial público enunció como pasado en su presencia, respecto al cual la escritura pública hace plena fe entre partes y respecto de terceros mientras no se lo ataque mediante querrela o redargución de falsedad (arts. 993 a 995 del Cód. Civil)”.

[16] CNCiv., sala F, 15/9/1995, “Bejarano, Carlos A. y otro c/ Consorcio de Propietarios Corrientes 4924/26 y otro”, L.L. 1997-D-861 (39.739-S): “Las actas de constatación son un medio de prueba de eficacia relativa, pues el notario sólo otorga plena fe de la existencia de hechos ocurridos en su presencia mas no de que las afirmaciones efectuadas por quienes concurrieron al acto sean verdaderas”.

[17] LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Lecciones de derecho procesal civil*, ps. 429/30, Depalma, 2001; y *Derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, ps. 658/659.

[18] CCiv.Com. Santiago del Estero, 1ª, 16/5/1996, “Napau S.A. c/ Rodríguez, Roberto y otros”, L.L. 1997-E-984: “Los dibujos, cuadros, planos, fotografías, radiografías, películas, cintas magnetofónicas y discos con grabaciones se encuentran incorporados al género de los documentos, por imperio de las disposiciones del art. 370, 2º párr., del C.P.C.C. de Santiago del Estero”.

Juzg. Nac. Civil nº 67, 25/3/1998, “Díaz de Vivar, Elisa M. c/ Neustadt, Bernardo y otros”, L.L. 1998-C-88: “Los progresos tecnológicos han vuelto anticuadas las garantías del legislador en materia de preconstitución de la prueba, por lo que la preeminencia del instrumento escrito debe ceder su rigidez ante los nuevos medios que el hombre ha producido –en el caso, videocinta-. Por ello, se requiere una mayor flexibilización en la admisión de éstos y en la libre apreciación de la prueba, sin más prejuicios ni condicionamientos que los de la sana crítica”.

CNTrab., sala III, 9/3/2006, causa 27.655/2003, “Montero, Alejandro Oscar c/ Swiss Medical S.A. s/ despido”, eDial AA3338: “El escribano interviniente dejó asentado que a requerimiento de un representante de la demandada se pide su presencia a efectos de exhibirle tres videos y dicho representante manifiesta que han sido grabados con fecha 6/4/2003, 17/4/2003 y 2/5/2003, en el 8º piso de Pueyrredón 1443, Sector de Coordinación de Operaciones Telefónicas Recepción de Llamadas de Urgencias Médicas, entre las 24 y 8 hs., y expresa que en dichos videos se observa a tres personas que aquél identifica, entre ellos al actor, «...que se encuentran fuera de sus puestos de trabajo en horario laboral y dirigiéndose a un lugar de descanso para pernoctar». En mi criterio, para reconocer eficacia convictiva a dichas grabaciones hubiera sido necesario que las mismas hubieran sido reconocidas por la parte contraria o por testigos o debidamente autenticada (en sentido análogo, sentencia nº 9.732 del 17/7/2001, en autos «Liewiski, Laura Silvina c/ Juncadella S.A. s/ despido», del registro de la sala 10ª de esta Cámara). [...] La aludida certificación notarial no resulta eficaz para tener por auténticos tales videos pues el escribano no estuvo presente en el lugar y en el momento en que se realizaron las supuestas filmaciones, no verificó que la grabación efectivamente se realizara en su presencia, ni tampoco procedió a sellar las cintas utilizadas para evitar una previa o ulterior adulteración; como se advierte sólo se limitó a transcribir las manifestaciones del representante del demandado”.

CNTrab., sala III, 27/11/2013, “Ledesma, Walter Javier c/ Interjuegos S.A. s/ despido”, eDial AA845E: “Por último, en cuanto al contenido del CD, el sentenciante concluyó, que no resulta eficaz para tener por auténtico el procedimiento utilizado para reconocer eficacia convictiva al material audiovisual acompañado como prueba. Ello, toda vez que aun mediando certificación notarial, el escribano no estuvo presente en el lugar y en el momento en que se realizaron las supuestas filmaciones, ya que el notario no verificó que la grabación fuera realizada efectivamente en su presencia, ni tampoco procedió a sellar las cintas utilizada, para evitar una previa o ulterior adulteración. Resalto que el valor probatorio por medios informáticos, grabaciones y audiovisuales en general, no se ha asentado lo bastante como para contar con pautas claras. De todos modos, en hipótesis como las de autos, en donde no contamos con ningún factor externo a la empleadora,

que permita tener por seguro que no pudo mediar una adulteración, el CD tiene valor indiciario exclusivamente. Mas como no fue acompañado por ninguna otra prueba, no es suficiente para formar convicción”.

CNTrab., sala VII, 29/12/2013, “Pager, Nicolás Esteban c/ Estancia El Solitario S.A. s/ despido”, elDial AA8466: “La demandada se agravia porque la Jueza de primera instancia, consideró que el medio probatorio de filmación –DVD- no resulta procedente por no encontrarse acompañado de una certificación por escribano. Al respecto, coincido con lo manifestado por la sentenciante en cuanto expresa que, para que los DVD sirvan como prueba, deben cumplir determinadas pautas, tales como estar certificada por escribano y debe ser corroborada por otras pruebas –como la testimonial-, que la avalen, lo que no se da en el presente caso”.

[19] LEGUISAMÓN, *Derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, p. 655.

[20] COLERIO, Juan P., *Fax, e-mail e internet. Valor como documento y como prueba*, en *Revista de Doctrina 2* del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año 1, nº 2, mayo de 2000, p. 6.

[21] CNCom., sala E, 17/4/2006, “Barbalia, Daniel Cristian c/ La Economía Comercial Argentina S.A. de Seguros Generales s/ ordinario”, elDial AA3526: “De la copia de fs. 22 surge que el aviso de remisión del fax da cuenta de haber sido enviado al nº 4394-3168, y ese número coincide con el de la aseguradora que se indica en la carpeta que contiene la póliza. No obstante ese señalamiento, no surge cual es el contenido de la hoja que se transmitió, pero si hubiera sido la «denuncia policial» observo que no menciona la existencia del seguro, ni el número de póliza como en cambio surge de la denuncia copiada en fs. 182. [...] Si bien la exigencia de formalidades en las denuncias de siniestros es cuestión opinable (ver Meilij, Gustavo R., y Barbatto, Nicolás, *Tratado de derecho de seguros*, Zeus, 1975, p. 140, ap. 222) lo que es a mi juicio claro, es que esa comunicación debe ser suficiente para que el asegurador tenga conocimiento de tratarse de un siniestro que está comprendido en la cobertura que dio, requisito que no cumple la mera transcripción de la denuncia policial con los datos del automotor sustraído sin dar mayores datos sobre la existencia de seguro, lo que significa que el asegurado no cumplió con el art. 1198, Cód. Civil. [...] Si bien el fax puede considerarse un instrumento válido para probar en juicio (conf. Gozaíni, Osvaldo A., *La teoría de la prueba y el fenómeno de la informática*, en J.A. 1999-11, p. 912 y ss.) de todos modos, no basta con la simple invocación de haberlo enviado y de sostener que tenía determinado contenido, es necesario demostrar su texto y recepción sobre todo cuando como en el caso, medió negativa en ambos aspectos de la contraparte. [...] El actor que tuvo a su carga demostrar haber cursado comunicación del siniestro a su aseguradora en el plazo de ley, no logra probarlo; mientras que la demandada obtiene pruebas que revelan que tal denuncia fue cumplida tardíamente; así, es la aseguradora la que logra cumplir la carga de la prueba de los hechos que hacen a su defensa (art. 377 del C.P.C.C.N.). Por todo ello, concluyo que no se demostró que el actor hubiera cumplido con denunciar el siniestro en el plazo de tres días de ocurrido, y al resultar incumplida la carga del art. 46 de la ley 17.418, se produce la caducidad del seguro (art. 47 de la ley 17.418), razón por la cual corresponde rechazar la demanda”.

[22] FALCÓN, Enrique M., *Derecho procesal civil, comercial, concursal, laboral y administrativo*, t. I, p. 631, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

[23] Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín –director Héctor Eduardo Leguisamón-, *El e-mail y sus dificultades probatorias*, ponencia presentada al XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Paraná, Entre Ríos, 2003), elDial DC2A4.

[24] CARLINO, Bernardo P., *Firma digital y derecho societario electrónico*, ps. 35/36, Rubinzal-Culzoni, 1998.

[25] <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>.

[26] Sancionada el 14/11/2001, promulgada de hecho el 11/12/2001, y publicada en el B.O. el 14/12/2001.

[27] CNCom., sala A, 29/4/2008, “Vázquez, Walter Manuel c/ Pomeranec, Diego Esteban s/

ordinario”, elDial AA5300: “La admisibilidad o no de pruebas debe ser definida en oportunidad de la audiencia preliminar del art. 360, C.P.C.C.N, pero ante la particularidad de la controversia suscitada esta Sala habrá de abordar, en esta instancia, el cuestionamiento introducido por el actor reconvenido contra la incorporación de los correos electrónicos arrimados por su contrario, encuadrándolo bajo la óptica del art. 364 del ritual”. “Jurisprudencialmente en el ámbito del derecho penal se ha sido dicho que el correo electrónico (*e-mail*) es correspondencia privada protegida por la Constitución Nacional en razón del reconocimiento de la libertad de intimidad y el consecuente derecho a la vida privada, por ende, la única forma en que se podría ingresar al ámbito privado sería por orden de juez competente, mediante auto fundado, ya que esa es la autoridad a la que se refiere la Constitución Nacional (cfr. CNCrim.Correc, de la Cap. Fed., sala I, «Grimberg, Alfredo H. s/ sobreseimiento» del 11/2/2003)”. “Síguese de ello entonces que el correo electrónico no puede ser observado por terceros, aun cuando no se empleen todavía los medios idóneos para la reserva de sus contenidos y en esa inteligencia cualquier injerencia en el ámbito privado de una persona sólo puede ser realizada con el control del órgano jurisdiccional. Caso contrario, se estarían infringiendo derechos básicos como la intimidad y la inviolabilidad de la correspondencia ordinaria (art. 19, Constitución Nacional)”. “La utilización de correos electrónicos que no son propios y que tampoco, se reitera, fueron dirigidos a la dirección de *e-mail* del oferente, no puede acogerse favorablemente, pues debe mantenerse incólume la protección a la privacidad de quienes son usuarios del sistema, evitando, de tal forma, una abierta y flagrante violación a la intimidad (art.19, Constitución Nacional). En función de todo ello y, a la luz de lo establecido en el art. 364 del ritual no cuadra otra conclusión que disponer la inadmisibilidad de esa prueba, con la prevención de que sólo serán admitidos como prueba aquellos *e-mail* que hubieran sido remitidos por el propio accionado reconviniente”.

CNCiv., sala H, 3/12/2013, “B., L. G. R. c/ S., O. N. s/ divorcio”, elDial AA84BE: “Otro de los agravios desplegados por el recurrente se vincula con las publicaciones que aparecen en el Facebook de la actora. Al respecto, el juez de grado entendió, con sustento en el informe pericial informático incorporado a fs. 283/290, que debían diferenciarse los contenidos de acceso público de los mensajes privados. Con relación a los mensajes privados, estimó que se había visto vulnerada la privacidad de L. G. R. B. por la forma en que se obtuvo la información. Así, dijo que como los mensajes se consiguieron ilícitamente eran constancias ineficaces desde el punto de vista probatorio. Entonces, y aunque estén subidos a Internet, nada cabe analizar al respecto”.

[28] La criptografía es la técnica de escribir en clave, manteniendo la información en secreto; el criptoanálisis es el estudio de la decodificación de cifras; y la criptología es la combinación de la criptografía y el criptoanálisis. Cuando la criptografía se aplica al ambiente de las computadoras, puede proteger la información contra su divulgación no autorizada, asegurar la autenticidad de la identidad del usuario o del programa que solicita un servicio, y detectar interferencias no autorizadas.

[29] Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín, *El e-mail y sus dificultades probatorias*, ob. cit.

[30] El Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española dice: “**Método**: (Del lat. methŏdus, y este del gr. μέθοδος). 1.m. Modo de decir o hacer con orden. 2. m. Modo de obrar o proceder, hábito o costumbre que cada uno tiene y observa. 3. m. Obra que enseña los elementos de una ciencia o arte. 4. m. Fil. Procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla. ~ real. 1.m. Vía administrativa del Estado para la tramitación de las preces de los fieles a la Santa Sede” (<http://www.rae.es>).

[31] Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española: “Indubitamente. 1.adv. m. Indudablemente”, e “Indudablemente. 1.adv. m. De modo indudable” (<http://www.rae.es>).

[32] De acuerdo al Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española: “Razonablemente. 1.adv. m. Conforme a la razón. 2. adv. m. Más que medianamente” (<http://www.rae.es>).

[33] Conforme el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española: “Inalterabilidad. 1.f. Cualidad de inalterable” e “Inalterable. 1.adj. Que no se puede alterar; que no se altera”

(<http://www.rae.es>).

[34] Según el Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española: “Integridad. (Del lat. *integrĭtas, -ātis*). 1.f. Cualidad de íntegro. 2. f. Pureza de las vírgenes”, e “Íntegro, gra. (Del lat. *intĕger, -gra*). 1.adj. Que no carece de ninguna de sus partes. 2. adj. Dicho de una persona: Recta, proba, intachable. ¶ MORF. sup. irreg. Integérrimo” (<http://www.rae.es>).

[35] CNCom., sala D, 4/10/2007, “Baires Inter Trade S.A. c/ Otro Mundo Brewing Company S.A. s/ medida precautoria”, elDial AA499B:“No cabe, como regla, asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre «firma digital» (conf. Cám. Nac. Com., sala A, 27/6/06, «Coop. de Viv. Créd. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/Becerra Leguizamón, H.», L.L. del 24-10-2006, fallo n° 110.898) ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (conf. esta sala D, causa 7611/03 «Henry Hirschen y Cía. S.A. c/ Easy Argentina S.R.L. s/ ordinario», sentencia del 16-2-2007; Nieto Melgarejo, P., Derecho del comercio electrónico, ps. 126/127, Lima, 2005)”.

CNCom., sala D, 2/3/2010, “Bunker Diseños S.A. c/ IBM Argentina S.A.”, L.L. del 3-6-2010, p. 7: “I) En el valor probatorio del correo electrónico ocupan un lugar preeminente a partir de la vigencia de la ley 25.506 los documentos con la firma digital, en tanto su valor probatorio es equiparable al de los instrumentos privados y se presume la autoría e integridad del mensaje, correspondiendo a la otra parte destruir tales presunciones (v. Hocsman, H, *Negocios en Internet*, cap. II, n° 63.b, ps. 162/164, 2005). II) Pero aún cuando en este caso se trata de documentos que carecen de firma digital a los que no puede otorgarse un valor de convicción preeminente por no cumplir con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre «firma digital» puesto que el elemento de autenticación o certificación es un requisitos esencial de autenticidad (conf. esta sala, 16-2-2007, «Henry Hirschen y Cía. S.A. c/Easy Argentina S.R.L.»), no existe impedimento a mi juicio para que se los ofrezca como medio de prueba (C.P.C. 378:2), considerándose el principio de prueba por escrito como había aceptado la doctrina de los autores antes de la sanción de la citada ley n° 25.506. Tal valor probatorio se sustenta en las normas del Cód. Civil 1190, 1191, 1192, pues aunque por no estar firmados no alcanzan a la categoría de documento privado es admisible su presentación en juicio para probar un contrato siempre que emanen del adversario, hagan verosímil el hecho litigioso y que las restantes pruebas examinadas a la luz de la sana crítica corroboren su autenticidad. Por lo tanto, es decisiva la prueba complementaria que se produzca merituada conforme con los criterios de la sana crítica y conjuntamente con las restantes pruebas del proceso (vid. esta sala, 26/9/2006, «Gómez, Fabián c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires»; Kielmanovich, J., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, cap. XI, n° 2, c y 3, ps. 393/398, 2004; Somer, M., *Documento electrónico*, J.A. 2004-I, ps. 1034/1035; Gaibrois, L., *Un aporte para el estudio del valor probatorio del documento electrónico*, J.A. 1993-II, ap. IX, p. 963). III) Con base en esos parámetros y tas un nuevo examen de los elementos de convicción agregados a la causa debe coincidir con la apreciación de la señora juez de la primera instancia en cuanto a que existía entre las partes la costumbre de formular los pedidos de trabajo en forma verbal antes de la remisión de las notas de pedido. Tal conclusión se sustenta en que: A) La demandada nunca negó el carácter de empleado de IBM del mencionado Galache, quien además envió los *e-mails* desde una casilla institucional: galache@ar.ibm.com. Considero como un hecho público y notorio (v. Couture, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, n° 150, p. 233, 1993) en este sentido que una dirección de correo electrónico es individual y que no pueden registrarse dos iguales, por lo que no puede presumirse sin ninguna duda razonable que la sigla IBM pertenece a la demandada (v. Leguizamón, H., *Las presunciones judiciales y los indicios*, cap. IX, n° A.2, p. 92, 1991). B) Tampoco desconoció la demandada en fs. 84 los mensajes de correo electrónico agregados por la actora de fechas 11/7/2003, 23/4/2003; 22/4/2003 y 25/3/2003 (fs. 31/34) cursados a la dirección pulice@ar.ibm.com malito:pulice@ar.ibm.com y en algunos casos respondidos, así como el de fs. 43 dirigido a cabrera@ar.ibm.com del 27/1/2003 ante un pedido de cotización, los cuales revelan que eran usuales las tratativas precontractuales y poscontractuales entre las partes por ese medio. C) En el informe pericial de fs. 191/198 se informó la efectiva constatación de la existencia de veinticinco gabinetes metálicos en la planta de aquélla, y si bien este informe fue impugnado por la demandada la crítica se circunscribió a la determinación del valor de venta de cada unidad (v. fs.

201/203)”.

[36] CNCiv., sala A, [no consta día] 5-2008, L. 494.472, “Biggest Bank S.A. c/ Corporate Business Solutions S.R.L. s/ daños y perjuicios”, inédito: “El acto que aquí se califica como un «proceso técnico complejo» que resultaría uno de los hechos inidóneos como objeto de dación de fs. (v. fs. 233 vta.) es la conexión a Internet. Pero basta con advertir que ese acto lo realiza a diario hasta un niño de 4 años para concluir en la inexactitud de esa afirmación. No veo qué puede tener de completo conectarse a Internet a estas alturas, cuando basta con hacer un «click» en la computadora (ahora hasta puede hacérselo de un teléfono celular u otros aparatos electrónicos) para acceder a la red. De allí que sea francamente inadmisibles sostener que un escribano carece de idoneidad para conectarse a Internet, siendo irrelevante que en el acto no se hubiera indicado en qué lugar se hizo la conexión, sobre qué aparato electrónico, en qué máquina se imprimieron las hojas que dieron cuenta del uso de las imágenes ni quién usó la computadora u otro elemento, porque lo cierto es que la escribana estaba presente cuando se accedió a la red y las imágenes pasaron ante su vista. Es cierto que de acuerdo al informe elaborado por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (v. fs. 164) es técnicamente posible redireccionar un nombre de dominio hacia otra dirección IP, pero en todo caso, tal contingencia debió ser demostrada por el recurrente, porque no es razonable hacer pesar sobre el demandante una exhaustiva investigación para corroborar que nadie hubiere cambiado la dirección IP. Si en la página cuyo dominio pertenece a la empresa demandada había imágenes cuyos derechos patrimoniales correspondían a la actora, debe presumirse que la emplazada explotaba su uso y corría por su cuenta demostrar que un tercero adulteró el sistema, sea ingresando esas imágenes en la página, redireccionando el nombre de dominio a otra dirección IP o utilizando otro mecanismo técnico que no le sea imputable a la empresa accionada”.

[37] CCiv.Com. Pergamino, 8/4/2014, “G., M. L. c/ G., M. A. s/ división de condominio”, elDial AA87DA: “Con respecto a la validez de los «correos electrónicos», independientemente de tal circunstancia, debo adelantar que pese a su intento recursivo, no se logra conmovier lo decidido por el *a quo*. Es que, lo primordial es señalar que a la parte interesada en la acreditación de un hecho o circunstancia, tiene la carga probatoria sobre la misma, y en nuestro caso ante el desconocimiento categórico efectuado por la parte actora respecto los «correos electrónicos» alegados por la apelante, tocábale a su parte la carga de la prueba al respecto (art. 375 del C.P.C.C. Buenos Aires). Y, en tal tarea entiendo que no ha tenido el éxito de esperar, en tanto que los oficios librados a las empresas que ella solicitara información al respecto (Yahoo Argentina, Hotmail y Blackberry), resultaron negativos, es más a las dos últimas entidades no fueron diligenciados, hecho reconocido expresamente por la recurrente a fs. 127, punto I. Precisamente, la empresa «Yahoo Argentina» contestó sobre el particular, que: «... si bien quisiéramos cooperar con vuestra causa, nos vemos imposibilitados de confirmar si el correo electrónico adjunto al oficio en responde, en realidad fue intercambiado por los usuarios mencionados o si el contenido del mismo es igual al que surge en la documentación adjunta al oficio en responde. Esto, por cuanto que los correos electrónicos pueden ser alterados, vulnerados y modificados por terceros ajenos a los usuarios de dichas cuentas, por limitaciones técnicas y cuestiones de privacidad de nuestros usuarios, no podemos ingresar a las cuentas de los mismos y acceder específicamente a los correos intercambiados por los usuarios con determinadas cuentas y/o personas» (fs. 111). Posteriormente y ante una nueva requisitoria, la misma empresa contestó, adjuntando un CD «con el contenido completo de la cuenta de correo electrónico de dicho usuario en el período solicitado. Sin embargo hago de su conocimiento que YAHOO no realiza respaldos o almacenamiento de la información contenida en una determinada cuenta de correo electrónico. Dicha información depende de lo que el titular de la cuenta desee o no almacenar o conservar en la misma» (fs. 143). Y, ante tal contestación la parte demandada nada hizo para en definitiva lograr acreditar la autenticidad de la prueba que su parte intentaba hacer valer para sostener su posición”.

[38] CNTrab., sala III, 29/10/2010, “Palavecino, FavioNéstor c/ Carl Zeiss Argentina S.A. s/ diligencia preliminar”, elDial AA65D8: “Que lo expresado pone de relieve que, el adelanto probatorio peticionado, está destinado a resguardar la integridad de la prueba contenida en los archivos que obrarían en la computadora y el teléfono celular y que consistirían, en lo esencial, en los e-mails que tuvieron lugar entre las partes. El objeto de la medida se circunscribe a que tales

instrumentos queden depositados en la sede del juzgado hasta tanto se lleve a cabo la prueba pericial (fs. 17 vta.). Que, reseñado lo acontecido, vale resaltar que en el caso nos encontramos frente a un despido directo con invocación de causa y que, en lo esencial, los incumplimientos contractuales que se imputaron al trabajador se sustentaron en el contenido de ciertos e-mails, presumiblemente remitidos desde la laptop consignada, y por el indebido uso del teléfono celular BlackBerry. Por otra parte, la pretensión del actor está dirigida a impugnar no sólo el motivo invocado por la empleadora para rescindir el vínculo laboral sino, además, el acoso laboral del que, según sus dichos, habría sido víctima, que también se fundan en las comunicaciones que habrían tenido lugar a través de los instrumentos de marras. Que, desde esta perspectiva, cabría concluir que, en verdad, ambas partes estarían interesadas en preservar la integridad de los archivos que obran en las herramientas de trabajo aquí depositadas y, lo decisivo es que admitir la medida no conlleva una intromisión «sorpresa» y general en el sistema informático de la accionada ni, por ende, una injerencia en la órbita de instrumentos privados, ya que sólo se limita al análisis de aquellos que fueron de uso personal del dependiente durante el curso de la relación laboral. Que en estas condiciones, corresponde revocar lo decidido en grado y acoger la pretensión del actor. Que, sin embargo, vale hacer una aclaración. Toda vez que la computadora y el celular BlackBerry son bienes muebles de propiedad de la demandada, que ésta utilizaría para el ejercicio de su actividad económica y que se encuentran amparados por el derecho constitucional de propiedad (arts. 14 y 17 CN), corresponde que, previa citación de la contraria (art. 327, C.P.C.C.N.) y de acuerdo con lo previsto por el art. 326 del mismo cuerpo legal, se produzca en forma inmediata la prueba pericial a cuyo fin las partes deberán ofrecer los respectivos puntos de pericia. De lo contrario, podría correrse el riesgo que la eventual dilación del proceso conlleve a privar a la accionada no sólo del uso y goce de bienes de su propiedad sino que, incluso, podría afectarse su valor e importancia por el mero transcurso del tiempo”.

[39] LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, El secuestro de la historia clínica como prueba anticipada, L.L. 1993-E-221.

CNCiv., sala F, 17/4/2012, “Aguilar y Asociados S.R.L. c/ Natie Software S.R.L. s/ ordinario”, elDial AA774A: “Así planteada la cuestión, dentro del marco de provisionalidad con sujeción al cual es aprehensible toda petición de estas características y a partir de lo que *prima facie* surge de la documentación acompañada –v. gr. acta de constatación notarial de fs. 7/16 y contenido de la correspondencia epistolar de fs. 18/21- aparece verosímil la motivación del demandante sobre la necesidad de obtener una medida como la de la especie con el claro propósito de aventar el ulterior ocultamiento, modificación, destrucción, alteración o pérdida en el objeto probatorio (cfr. en este mismo sentido, CNCom., sala E, 17/11/2011, «Softmind Sistema S.A. c/ Cardoso, Cristian Hugo y otros s/ diligencia preliminar»). Es que ciertamente, la imposibilidad o dificultad en la posterior producción probatoria que exige el art. 326 citado debe ser entendida en un sentido amplio (cfr. Di Iorio, Alfredo, *Prueba anticipada*, Abeledo Perrot, 1970, p. 30); sobre todo en esta particular temática, donde la vulnerabilidad y fragilidad que los registros informáticos ofrecen, permiten presuponer el peligro en la demora, ya que pueden desaparecer o resultar afectados por algún virus (cfr. CNCiv., sala J, 17/05/2007, «Asociación de Beach Soccer Argentina c/ Asociación del Fútbol Argentino», cita La Ley on line: AR/JUR/2852/2007). En suma, resulta conducente la disposición de medidas tendientes a asegurar la verdadera eficacia del proceso judicial, siempre procurando el mayor de los respetos a las garantías constitucionales en juego: el debido derecho de defensa y el aseguramiento del principio de bilateralidad. 3. Sentado lo expuesto, habiéndose juzgado acreditados la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora de conformidad con lo dispuesto por el art. 326, C.P.C.C.N., admítase la obtención de una copia o *back up* de toda la información contenida en los discos rígidos, extraíbles o no, servidores y cualquier otro tipo de respaldo posible existente en los diversos ordenadores que se encuentren en el domicilio de Native Software S.R.L. La diligencia deberá cumplirse mediante la designación de un perito licenciado o ingeniero en sistemas que deberá designar la jueza de grado, con la participación del Oficial de Justicia que corresponda y con citación del Defensor Oficial. Este último, en razón del derecho de defensa previsto por el art. 327, C.P.C.C.N., y para representar a la parte contra la que se lleva a cabo la medida, a la cual no podría serle notificada ya que su anticipación en el conocimiento podría posibilitar la alteración o modificación del objeto probatorio a adquirir (cfr. Falcón, Enrique M, *Código Procesal Civil y Comercial*, Abeledo Perrot, t. I, p. 538). Se estima pertinente que, a fin de

evitar todo tipo de especulaciones sobre la factibilidad de una modificación ulterior de los datos obtenidos, una vez efectuada la copia de seguridad, el auxiliar interviniente haga entrega de la misma al Oficial de Justicia quien, a su turno, deberá adjuntarla al expediente para su correspondiente reserva”.

[40] Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de San Martín, *El e-mail y sus dificultades probatorias*, ob. cit.

[41] CNTrab., sala VIII, 31/10/2005, expte. n° 18.885/2004, “Mullins, Maria E. c/ Stratford Book Services S.A. s/ despido”, elDial AA2FA3: “La actora cuestiona la fecha de ingreso. Dice que la prueba informativa da cuenta de que los mensajes de correo electrónico enviados por ella a un número determinado de hoteles desde el domicilio electrónico de la demandada son de fecha anterior a su registración, elemento probatorio, insiste, de entidad suficiente para acreditar la falsedad de los datos registrados. El recurso es improcedente. La copia de los mails acompañados por la quejosa no son hábiles para arribar a una razonable conclusión sobre los hechos expuestos. Si bien los informes de los hoteles confirman que aquellos fueron enviados por la empresa S.B.S., ellos no son eficaces para identificar la persona que los remitió, máxime cuando la dirección de la casilla estaba bajo el nombre «Parque Chacabuco». Si bien en el contenido de los mails figura al final del texto el nombre «Maureen», apodo de la actora, el mismo no se asimila a la firma digital, por lo que no tiene más valor que el de un indicio –tal como sostiene la *a quo*- dado que no fue corroborado por ningún otro elemento probatorio, deficiencia que deberá asumir en los términos del art. 377 del C.P.C.C.N.”.

CNCom., sala D, 4/10/2007, causa n° 41664/2007, “Baires Inter Trade S.A. c/ Otro Mundo Brewing Company S.A. s/ medida precautoria”, elDial AA449B: “La provisión de un *e-mail* que habría sido remitido por un tercero ajeno a las partes, amén de la ausencia de signos o elementos que demuestren su autenticidad, constituye una pieza inconsistente a los fines probatorios pretendidos. [...] No cabe, como regla, asignar valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los arts. 2 y 5 de la ley 25.506 sobre «firma digital» (conf. Cám. Nac. Com., sala A, 27/6/2006, «Coop. de Viv. Cred. y Cons. Fiduciaria Ltda. c/ Becerra Leguizamón, H.», L.L. 24/10/2006, fallo n° 110.898) ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico (conf. esta sala D, causa 7.611/03 «Henry Hirschen y Cía. S.A. c/ Easy Argentina S.R.L. s/ ordinario», sentencia del 16/2/2007; Nieto Melgarejo, P., *Derecho del comercio electrónico*, Lima, 2005, ps. 126/7)”.

[42] LEGUISAMÓN, *Derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, ps. 670/683.

[43] CNCom., sala A, 5/6/2012, “Barcos, Juan Carlos c/ Urcelay, Gustavo s/ ejecutivo”, elDial AA796C: “En autos se ejecuta un contrato de mutuo, por lo que la discusión que se propone, relativa a atribuir eficacia probatoria a mensajes de texto, vía celular (que el ejecutante niega haber enviado), excede el campo acotado del proceso ejecutivo, dadas la abstracción, literalidad y autonomía propias del título en ejecución, lo que conlleva, también, la improponibilidad de la audiencia requerida por el ejecutado en esta Alzada”. “No puede admitirse que mensajes de textos –vía celular-, como pretende el recurrente, demuestren el supuesto pago de intereses sobre el capital del mutuo cuando, el medio requerido para ello lo constituye el recibo extendido por el acreedor que aluda, en forma clara y precisa, a la obligación que se ejecuta, es decir, consignado la deuda saldada. Ergo, resulta impropia la prueba aportada por el excepcionante para fundamentar su defensa, en tanto los aludidos mensajes de texto no conforman un documento apto para acreditar pagos, en los términos exigidos, en un proceso de esta naturaleza por la legislación adjetiva”.

[44] LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo, *Los adelantos tecnológicos y los problemas en la preconstitución de prueba y producción de prueba anticipada*, ponencia presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal (Buenos Aires, 2009), Libro de Ponencias, ps. 454/456; página web del Congreso <http://www.procesal2007mdp.com.ar/buscador.htm>, y elDial DCE2E; y *Derecho procesal civil*, ob. cit., t. I, ps. 222/223.

Citar: elDial DC1FA8

Publicado el: 24/08/2015
copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad
Autónoma de Buenos Aires - Argentina