INTRODUCCIÓN

Aclaración terminológica

En nuestro medio se hace referencia, indistintamente, a: “*prueba digital*”, “*prueba electrónica*”, “*prueba informática*”, o también “*prueba tecnológica*”. En el ámbito anglosajón la expresión utilizada es la de “*electronic evidence*” o “*digital evidence*”.

La designación “*prueba tecnológica*” es demasiado amplia, ya que podría incluir como fuente probatoria cualquier avance tecnológico actual e, incluso, pondría entenderse como apuntando hacia al hardware, dejando a un lado el software o contenido que incorporan los dispositivos ¹.

En lo que respecta al adjetivo “digital”, como se analizará más adelante (véase “Lo digital”, p. 30) no todo lo digital es electrónico, de modo que, como el anterior, el término tendría un alcance también demasiado amplio.

En cuanto a la expresión “prueba informática”, adherimos a que si bien podría encajar en el concepto de prueba de que se trata, “*tampoco abarca de forma correcta el universo de las pruebas de este tipo, pues no concordaría con su naturaleza jurídica ni con sus características propias, al ser un adjetivo encaminado a la gestión más que al material probatorio. Para apoyarnos partimos de que la RAE define ‘informática’ como ‘conjunto de conocimientos cientí-*

¹ BUENO DE LA MATA, Federico, *Prueba electrónica y proceso 2.0*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 2014, p. 102

*ficos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de los ordenadores”*².

Nos inclinamos por la de “*prueba electrónica*” en tanto alude a prueba relacionada con dispositivos que operan con señales de información numérica representada por medio de polarización de voltaje o magnética que equivalen a 0 y 1. En puridad, la designación precisa es la del título de esta obra: ***prueba electrónica digital***³, mas en aras de la simplicidad adoptamos a lo largo del desarrollo del texto el de “*electrónica*”, a secas. Nos remitimos, a lo desarrollado en las p. 30 y ss. de este libro.

¿POR QUÉ UN ESTUDIO ESPECÍFICO?

La función de la prueba

Para aplicar correctamente la norma legal que lo regula y declarar así los efectos jurídicos materiales que de ella deben deducirse, el juez necesita conocer la realidad, características y circunstancias del caso concreto que ante él se ventila.

Ese conocimiento sólo se obtiene mediante la prueba, único camino para que el juez acceda a los hechos en función de los cuales adoptará la decisión legal y justa para cada caso concreto. El proceso tiene, a tal efecto, una *finalidad epistémica*. La prueba procura hacer conocidos los hechos controvertidos y dudosos, y darle la certeza de su modo preciso de ser. Las pruebas son “*un equivalente sensible del hecho a apreciar, en el sentido que proporcionan al evaluador una percepción, merced a la cual puede adquirir el conocimiento de ese hecho*”⁴.

² BUENO DE LA MATA, op. cit.

³ Por contraposición a electrónica analógica, véase *infra*, p. 30.

⁴ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, Ejea, Bs. As., 1959, t. I, p. 257.

La fuente de prueba y la realidad. El predominio del documento

Los elementos que existen en la realidad, que proveen el conocimiento de hechos cuya percepción le sirve al juez para la deducción del hecho que se va a probar constituyen la *fuentes* de prueba. Los *medios* son la actividad para incorporarlos al proceso.

Como señala Sentís Melendo, fuente es “*un concepto metajurídico, extrajurídico o ajurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso*”⁵.

En nuestra época, esa realidad está configurada por lo que se denomina “*sociedad post industrial*” en la que el eje de la vida social se centra en el conocimiento y la información, lo cual dará lugar a nuevas formas que entrarán en conflicto con la cultura y el desafío del poder político por el poder técnico-científico⁶. Vivimos en la *era de la información*. En sus inicios, la informática, costosa, poco poderosa y confinada a un grupo restringido, era una prerrogativa de los grandes y poderosos; pero a partir del desarrollo de multitud de pequeñas máquinas poderosas y relativamente baratas, que no están más aisladas, sino vinculadas unas a otras en redes, se impuso una informática masiva, que se extendió a toda la sociedad. La creciente imbricación de ordenadores y telecomunicaciones abrió un horizonte radicalmente nuevo, modificando profundamente el tratamiento y la conservación de la información, reconfigurando el “sistema nervioso” de las organizaciones y de la sociedad entera. La “*telemática*”⁷ no constituye una red más, sino una red de otra naturaleza, en la que fluyen imágenes, soni-

⁵ SENTÍS MELENDO, Santiago, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ejea, Bs. As., 1979, p. 141

⁶ BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad post-industrial: un intento de prognosis social*, Alianza, Madrid, 1976.

⁷ A fines de los años `70 del siglo pasado, el presidente francés Valery Giscard d’Estaing le solicitó a los funcionarios de la Inspección General de Finanzas, Simon Nora y Alain Minc, un informe sobre el impacto de las nuevas tecnologías, que se convertiría en un clásico en la materia: *L’informatisation de la société*. En él, los expertos dieron cuenta de las profundas consecuencias y el desafío significado por el desarrollo de las nuevas tecnologías, acuñando el término “telemática” para referirse a la combinación de las telecomunicaciones con la informática.

dos y datos que, a diferencia de la electricidad, no vehiculizará una corriente inerte, sino información.

Sin embargo, en cualquier periodo histórico considerado, las pruebas siguen siendo las mismas: documento escrito y testimonial. Ello, dice Scialoja, difícilmente puede dejar de ser así —es “*cuestión de lógica más bien que de regla de derecho*”⁸—, pero el desarrollo social y económico y la mayor complejidad de las relaciones, van llevando al abandono de la prueba testimonial, sujeta a “*las eventualidades de la corrupción, el error y la mortalidad*” (Bonier) que tan peligrosa la tornan, y el documento adquiere cada vez mayor relevancia como instrumento probatorio⁹. Este proceso se ve aún más acentuado en nuestro tiempo, en que la materia prima en la sociedad de la información son las comunicaciones por medios electrónicos.

Con el desarrollo de Internet, acceso a smartphones, el uso masivo de redes sociales y aplicaciones, se observa una creciente documentación de las comunicaciones entre las personas. Lo que antes tal vez quedaba en manifestaciones verbales fugaces (*verba volant*), tal vez pasibles de prueba testimonial, hoy difícilmente escape a algún tipo de registro.

Así, tendremos *pretensiones puramente informáticas*, es decir aquéllas en la que los hechos que serán su objeto ocurrieron íntegramente en un ámbito informático y *pretensiones tradicionales con elementos informáticos* en la que los hechos no hubieran ocurrido en su totalidad en un ámbito informático, pero que ciertos elementos clave para la prueba sean informáticos¹⁰. Puede que se trate de probar un hecho electrónico o de probar electrónicamente un hecho o de probar electrónicamente un hecho electrónico.

⁸ SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, trad. de Sentís Melendo, S., y Ayerra Redin, M., Ediciones Jurídicas Europa-América, Bs. As., 1954, p. 390.

⁹ MORENO NAVARRETE, Miguel A., *Contratos electrónicos*, Derecho Civil Hoy, Granada, 1999, p. 104

¹⁰ VELTANI, Juan Darío, “Estrategia probatoria electrónica prejudicial” en AA.VV., *Derecho procesal electrónico*, ElDial, 2021, p. 116.

En este contexto, podemos enumerar como fuentes de prueba ¹¹:

- Comunicaciones que se generan en sistemas de información y se envían en formato electrónico como correos electrónicos, mensajes de texto, SMS o sistemas de mensajería electrónica instantánea en tiempo real o simultánea, como WhatsApp, Telegram, etc.
- Bases de datos que incorporan con una determinada selección y organización los registros de información digital.
- Fotografías digitales, creadas mediante la captura de imágenes por un sensor electrónico que dispone de múltiples unidades fotosensibles que convierten la luz en una señal eléctrica que es digitalizada y almacenada en una memoria junto con un archivo de metadatos que contiene información sobre la fecha, hora, apertura del diafragma y velocidad de obturación, entre otras.
- Páginas de Internet, publicaciones en línea en la World Wide Web (www, la red) de información digital con contenidos propios y/o de terceros bajo un diseño y selección de colores, textos, imágenes y sonidos.
- Redes sociales en las que los usuarios tienen perfiles o espacios personalizados en los cuales colocan información personal, propia o de terceros. También se publica información con opiniones o hechos. Estos repositorios de información digital son el resultado de millones de usuarios creadores de contenidos que continuamente generan en el ciberespacio un mundo paralelo a los medios de comunicación tradicionales.
- Aplicaciones móviles, esto es software con funciones específicas que se habilitan para utilizarse en dispositivos móviles y permiten el tratamiento de información del usuario en conjunto con otros usuarios para la geolocalización, la utili-

¹¹ Véase: PEÑA VALENZUELA, Daniel, *De la firma manuscrita a las firmas electrónica y digital: Derecho internacional de los negocios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, t. V, p. 78 y ss.

zación de contenidos, la interacción con lugares y personas, entre otras.

- Y también documentos específicamente regulados legalmente como: la historia clínica electrónica, la factura electrónica, los libros de comercio electrónicos, los títulos valores electrónicos.

Todos estos elementos tienen en común que constituyen lo que, desde el punto de vista extrajurídico, se denomina *archivo informático*¹² y desde el jurídico como *documento electrónico*.

La prueba electrónica es aquella que lo tiene como fuente probatoria. Es, pues, aquella que se estructura sobre este elemento informático, el cual, lejos de ser una rareza (como tal vez sí lo era en años anteriores) podemos decir –sin temor a equivocarnos– que hoy, por el contrario, constituye la normalidad paradigmática¹³. Estamos asistiendo, “*al nacimiento de una nueva forma documental: el documento electrónico. Se trata de uno de esos momentos históricos, pues su desarrollo va a condicionar toda la teoría documental forjada desde el siglo XIII*”¹⁴.

La prueba es electrónica “*cuando la información que corresponda al hecho, acto o contrato que se quiera probar es creada, generada, transmitida o almacenada como mensaje de datos mediante un sistema electrónico de información*”¹⁵.

¹² El Diccionario de la RAE recoge como quinta acepción de la voz “*archivo*”: “*Conjunto de datos almacenados en la memoria de una computadora u otro dispositivo electrónico, que puede manejarse con una instrucción única*”.

¹³ Los paradigmas obtienen su estatus como tales, debido a que tienen más éxito que sus competidores para resolver unos cuantos problemas que el grupo de profesionales ha llegado a reconocer como agudos. Ello da lugar al establecimiento de lo que Kuhn denomina ciencia normal, en la que un paradigma se establece como principal forma de trabajo de una comunidad científica. (v. KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 2010).

¹⁴ MORENO NAVARRETE, Miguel A., op. cit., p. 94.

¹⁵ PEÑA VALENZUELA, Daniel, op. cit., p. 101.

Características diferenciales de la prueba electrónica

Se ha dicho que “*la prueba electrónica no es diferente, en esencia, a la prueba tradicional. Ambas pueden probar tanto la ocurrencia de hechos físicos como de hechos electrónicos ... Por tanto, a la prueba electrónica le serán aplicables las reglas procesales generales sobre actividad probatoria, medios de prueba y resultado probatorio*”¹⁶; sin embargo, en función de su elemento estructurante (el archivo informático) y las particulares características que él presenta, plantea una serie de cuestiones propias, que exceden al del tradicional tratamiento de la probática, lo que justifica y hace necesario su abordaje específico: “*debemos hacer el esfuerzo mental de trasladar el concepto genérico de prueba procesal a la nueva realidad tecnológica para poder determinar un concepto correcto de prueba electrónica*”.¹⁷

Es posible identificar una serie de características que le confieren especificidades distintivas respecto de la prueba tradicional. Así, podemos señalar¹⁸:

a) Técnica-científica

Se trata de una prueba que puede calificarse de científica en la medida que ésta es “*un resultado probatorio que, a través de la utilización de métodos científicos, se obtiene respecto de enunciados de hecho cuyo análisis y valoración escapan al conocimiento de la cultura media del juez*”¹⁹.

Estamos frente a una prueba en que tienen eminente relevancia cuestiones técnicas, lo cual se proyecta sobre diversas cuestiones. Una de ellas es el fenómeno de la brecha digital que afecta a quienes

¹⁶ OLIVA LEÓN, Ricardo, “La prueba electrónica envenenada”, en AA.VV., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, 2016, p. 58.

¹⁷ BUENO DE LA MATA, op. cit., p. 98.

¹⁸ Confr. ANGUIANO JIMÉNEZ, José María, “La prueba electrónica en la banca digital. El soporte duradero”, en AA.VV., *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con Futuro, Zaragoza, 2016.

¹⁹ VERBIC, Francisco, *La prueba científica en el proceso judicial*, Rubinzal, Bs. As., 2008, p. 47.

no comprenden la incidencia de las TICs en el material probatorio por resultarles una materia desconocida y extraña. También cabe aludir aquí la falta de medios técnicos en los juzgados y tribunales o en los mismo justiciables. Otra, es la necesidad de recurrir a expertos (v.gr. peritos), a lo que se suman las propias dificultades técnicas con las que, incluso, se deben enfrentar los propios peritos informáticos.

b) Volátil

Se trata de una prueba de fácil y rápida destrucción, y manipulable sin que las modificaciones sean fácilmente detectables. A diferencia de lo que sucedería en un documento en soporte papel donde las modificaciones (tachones, enmiendas, raspaduras, etc.) pueden ser detectadas con cierta facilidad, no ocurre lo mismo con los archivos digitales, donde las modificaciones pueden ser de difícil o imposible detección. Esta manipulación puede realizarse en forma sumamente rápida, en segundos, aun respecto de gran cantidad de archivos.

Tanto es así que según el Tribunal Supremo español “[l]a posibilidad de manipulación de los archivos digitales mediante los que se materializa el intercambio de ideas forma parte de la realidad de las cosas” (Sala 2ª, Sent. N° 300/2015).

c) Asimétrica

Esta característica alude a que, en general, la relación entre las partes se produce por medio de la convergencia en un recurso informático que suele ser de titularidad y estar controlado solo por una de ellas, lo que implica una relación asimétrica en lo que a éste se refiere.

Por ejemplo, cuando se accede a una página web, es su titular o administrador quien tiene el control técnico de los recursos informáticos de esa página web y el único que tiene la posibilidad de alterar o borrar los registros informáticos acreditativos de los allí sucedido.

La dificultad probatoria adquiere niveles de mayor envergadura en el comercio electrónico, donde los registros informáticos que

contienen las obligaciones asumidas por las partes, se hallan, en la generalidad de los casos, en poder del proveedor, quien se encuentra en este aspecto en una posición totalmente ventajosa con relación al consumidor o usuario ²⁰.

Esta singularidad, junto con la antes señalada volatilidad, hacen que adquieran particular relevancia las estrategias para la preservación la prueba (v.gr. prueba anticipada, constatación notarial, terceros de confianza, etc.), así como las cargas probatorias dinámicas y la obligación que el art. 53 de la ley 24.240 le impone al proveedor de aportar al proceso todos los elementos de prueba que obren en su poder, conforme a las características del bien o servicio, prestando la colaboración necesaria para el esclarecimiento de la cuestión debatida en el juicio.

Es por ello que “[c]uando la pericia se realiza sobre un sistema bajo control de la parte que niega la prueba y tiene resultado positivo, los jueces le otorgarán un alto valor probatorio ya que sería equivalente a encontrar el arma homicida en el domicilio del acusado” ²¹.

d) Mediata

A diferencia de lo que ocurre con un documento en soporte papel a cuyo contenido quienquiera que pueda hacer uso del sentido de la vista puede acceder y, si conoce la lengua, leerlo y entenderlo (visualización inmediata), si se trata de un documento electrónico será necesaria la utilización de un artefacto, así como software que traduzca esa realidad física del soporte electrónico a lenguaje natural visible en una pantalla.

Es decir, el acceso al archivo electrónico no es directo y la vinculación directa del archivo es con el artefacto (computadora, teléfono) y no con la persona, la cual se relaciona con aquél a través de este medio, es decir en forma mediata.

²⁰ BIELLI, Gastón E. - ORDÓÑEZ, Carlos J., “Los consumidores y la contratación electrónica en el entramado normativo argentino”, La Ley 10/9/2019, 1; La Ley 2019-D, 1190, Cita Online: AR/DOC/2258/2019.

²¹ RUBIO JARAMILLO, Javier, ver nota 174 p. 138.

La presentación en papel ya no es suficiente ni evidente y la carga de prueba recae sobre quien presenta la conversación o publicación informática.

Esta mediatez se proyecta también a la atribución del archivo a la persona, ya que, desde el punto de vista meramente informático, un archivo puede vincularse a un equipo, pero no a una persona.

Y plantea, asimismo, otra cuestión: los medios e instrumentos técnicos, así como posibilitan “*avances y progresos en la medida que ayud[a]n a obtener una percepción más plena ... también generan el riesgo de producir ´mediaciones, fragmentaciones y segmentaciones sensoriales y, por ende, intelectuales´*”²².

e) Invasiva

Los nuevos medios tecnológicos han significado un exponencial incremento en las comunicaciones entre las personas, cuyo registro, en lugar de desvanecerse, como por ejemplo sucedía con las comunicaciones verbales en persona o telefónicas (si no se la grababa *ex profeso*, lo cual no era tampoco sencillo), quedan ahora registradas, incluso en servidores que no son propios (p. ej. correos electrónicos, servicios de mensajería como WhatsApp), con lo cual la obtención de evidencias de esos procesos comunicativos puede llegar a suponer una injerencia en el derecho al secreto de las comunicaciones y/o a la intimidad de los que intervienen. Otro tanto sucede con el facilísimo acceso a tecnología de registro de imagen (v.gr. cámaras digitales incorporadas a teléfonos móviles).

Todas estas características de la prueba electrónica implican un coeficiente diferencial que repercute sobre los institutos tradicionales de la prueba diseñados en un horizonte analógico, que obliga a consideraciones específicas desde la perspectiva electrónica digital, como tendremos ocasión de señalar a lo largo de esta investigación.

²² DI CASTELNUOVO, Franco y FALBO, Santiago, “El acto jurídico en el ámbito digital. Intervención notarial. Principio de inmediación y protocolo digital”, en AA.VV., *Derecho y tecnología*, Ad-Hoc, Bs. As., 2020, p. 64.