

# FORMALIDADES DE PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRONICA

Prof. Dra. Esc. María José Viega<sup>1</sup>

## 1. Introducción

En el año 2007 analizamos, en ocasión de comentar una sentencia sobre las formalidades de presentación de un sitio web, la problemática de la prueba electrónica<sup>2</sup>.

La prueba electrónica tiene como presupuesto la validez y eficacia jurídica del documento electrónico. A tales efectos es interesante la puntualización que realiza Giannantonio, distinguiendo el documento electrónico en sentido estricto, como aquel que queda almacenado en la memoria del computador y no puede llegar a conocimiento del hombre sino mediante el empleo de tecnología informática. Y en sentido amplio como aquel que es procesado por el computador por medio de periféricos de salida y se torna así susceptible de conocimiento por el hombre<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Profesora de Informática Jurídica, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la UDELAR. Directora de la Dirección de Derechos Ciudadanos de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y el Conocimiento (AGESIC) – Presidencia de la República. Directora del Instituto de Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (agosto 2010- marzo 2013). Coordinadora del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático de la UDELAR (2002 – 2015). Posgrado de Derecho Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Experta Universitaria en Protección de Datos, UNED (ESPAÑA). Experta Universitaria en Administración electrónica, Universidad Operta de Cataluña (España). Ex - Profesora del curso en línea Derecho del Ciberespacio en la UDELAR. Ex - Profesora de Derecho de las Telecomunicaciones en la Universidad de la Empresa. Ex - Profesora en la Oficina Nacional de Servicio Civil (Presidencia de la República) del Curso Derecho de Internet. Ex - Profesora de los cursos de e-learning “Introducción al Derecho de las TICs”, “Documento y firma electrónica”, “Protección de datos” y “Contratos Informáticos” en Viega & Asociados. Directora del Estudio Jurídico Viega & Asociados (1992-2012). Miembro Honorario de la Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico (APADIT). Miembro Fundador del Instituto de Derecho Informático (UDELAR) y de FIADI Capítulo Uruguay. Miembro de la International Technology Law Association. Miembro de la International Association of Privacy Professionals. Autora del libro “Contratos sobre bienes y servicios informáticos”. Amalio Fernández, junio 2008 y del e-book “Marketing Comportamental en línea. El desafío de las cookies”. 2012 (publicado en [www.viegasociados.com](http://www.viegasociados.com)). Co-autora de los Libros: Lecciones de Derecho Telemático Tomo I y II (FCU, abril 2004 y mayo 2009); e-book “Documento Electrónico y Firma Digital. Cuestiones de Seguridad en las Nuevas Formas Documentales (junio 2005); “Marco normativo del Derecho Informático” (julio 2011); “Documento y firma. Equivalentes funcionales en el mundo electrónico”. 2012. Es autora de múltiples trabajos de su especialidad y conferencista a nivel nacional e internacional.

<sup>2</sup> VIEGA, María José y MESSANO, Fabrizio. “Valor probatorio del documento electrónico y aspectos formales de su presentación”.

<sup>3</sup> VIEGA, María José. “La influencia de la informática en la actividad probatoria y su regulación en Uruguay”. Ponencia presentada al VII Congreso Iberoamericano de Derecho e Informático. Lima, abril de 2000.

La Ley N° 18.600 de 21 de setiembre de 2009 adopta el concepto en sentido estricto, definiendo al documento electrónico en el artículo 2° H) "*Documento electrónico o documento digital*": *representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo*. Por lo tanto, o por lo menos en principio, el documento electrónico debe ser presentado en su representación digital.

Pero a pesar de la definición legal y en virtud de la etapa de transición del soporte papel al digital en que vivimos, es posible presentar un documento electrónico en soporte papel, estaremos aquí ante una copia papel de documento electrónico, reguladas en el ámbito público por la Ley N° 19.355 de 19 de diciembre de 2015. El artículo 80 establece: "*Las copias en soporte papel realizadas por las entidades públicas de documentos electrónicos, se considerarán auténticas, siempre que su impresión incluya un código generado electrónicamente u otros sistemas de verificación que permitan corroborar su autenticidad mediante el acceso a los archivos electrónicos, o que el funcionario actuante deje constancia de su identidad con el original, fecha, hora, lugar de emisión y firma*".

Es verdad que en la copia papel el documento electrónico pierde importantes atributos, por lo que tomar esta decisión dependerá de los aspectos que deseemos probar.

La jurisprudencia no ha sido unánime en cuanto a las formalidades de presentación, ya que ha admitido desde una simple impresión, a nuestro entender erróneamente, ya que ésta sería el equivalente a una fotocopia común, no admisible como prueba, a no aceptar como válida prueba electrónica presentada mediante actuaciones notariales.

Analizaremos los diferentes medios utilizados y el valor otorgado en juicio, para finalizar con el análisis de dos sentencias del año 2015 que han cambiado las exigencias de presentación de la prueba electrónica.

## **2. Diferentes medios probatorios utilizados**

En nuestros Tribunales se han presentado casos muy diversos vinculados a medios electrónicos, entre los cuales podemos distinguir los siguientes:

### **2.1 Correos electrónicos**

- a. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 5 de 8 de febrero de 2010 confirmatoria de la Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1° Turno N° 54 de 4 de marzo de 2009. Se resuelve sobre la eficacia de un acuerdo de voluntades perfeccionado por correo electrónico, por el cual el actor se acogió a un plan de retiro incentivado.
- b. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 4° Turno N° 61 de 19 de agosto de 2010. Se resuelve respecto a la utilización de software desarrollado, su registro y autoría, recibéndose como prueba correos electrónicos.

- c. Sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 34º Turno N° 21 de 28 de abril de 2010. En este caso se admiten impresiones de correo electrónico como prueba.
- d. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno N° 152 de 12 de mayo de 2010. Se resuelve sobre la valoración del correo electrónico, no considerándolo prueba, ni siquiera indiciaria.
- e. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 8º Turno N° 73 de 4 de agosto de 2010. Se resuelve haciendo lugar al despido especial solicitado, teniendo en cuenta mensajes de texto y archivos informáticos.
- f. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal Especializado en Crimen Organizado de 1º Turno N° 6 de 30 de octubre de 2009. Se resuelve sobre pornografía infantil, siendo prueba determinante los archivos fotográficos encontrados en su cuenta de correo electrónico.
- g. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 12º Turno N° 108 de 11 de octubre de 2011. Se acoge demanda tomándose como prueba correos electrónicos presentados y peritaje informático solicitado por la parte actora.
- h. Sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 412 de 30 de setiembre de 2014. Se anula acto administrativo dictado por el Banco de Previsión Social por el cual se determinan los tributos adeudados en base a prueba informática recabada ilegítimamente.
- i. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno N° SEF 9-000230/2014 de 3 de diciembre de 2014.- Se confirma primera instancia que acoge demanda por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato celebrado por medios electrónicos, aportando mails como medios probatorios.

## 2.2 Comunicaciones electrónicas (Chat, SMS, Skype, Facebook)

- a. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3º Turno N° 13 de 12 de abril de 2010. Se confirma auto de procesamiento N° 152 de 21 de agosto de 2009 por los delitos de atentado violento al pudor y promesa de retribución a menor de edad para que ejecute actos sexuales o eróticos de cualquier tipo, mediante el uso de chat, cámaras web y mensajes multimedia.
- b. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 7º Turno N° 9 de 23 de febrero de 2010. Se condena por los delitos de receptación y violencia privada, éste último cometido a través de mensajes de texto.
- c. Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno N° 119 del 27 de abril de 2011. Se condena al pago de indemnización por despido y demás rubros laborales por la no configuración de notoria mala conducta por comentarios desleales en Skype.
- d. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 5º Turno N° 17 de 14 de febrero de 2010. Se procesa por un delito de violencia privada por envío de mensajes de texto amenazantes al teléfono móvil de la víctima.
- e. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 13º Turno N° 79 de 7 de octubre de 2011. Se desestima reclamo de

indemnización por despido y aguinaldo debido a notoria mala conducta de los trabajadores por encontrarse chateando sobre una compañera de trabajo en términos sexuales, agresivos, agraviantes y denigrantes presentando como prueba las copias de las conversaciones de chat.

- f. del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 1º Turno N° 13 de 8 de abril de 2013. Se resuelve despido por notoria mala conducta basándose en fotos tomadas en el lugar de trabajo, las cuales fueron subidas a Facebook, valorándose como medio probatorio la protocolización de las capturas de pantalla y las políticas de privacidad de Facebook.
- g. Sentencia del Juzgado Letrado en lo Penal de 7º Turno N° 187 de 21 de noviembre de 2014. Se condena por un delito de difamación especialmente agravado cometido a través de la publicación de información falsa en Facebook.
- h. Sentencia del Juzgado Letrado en lo Penal de 7º Turno N° 6 de 11 de febrero de 2015.- Se condena por un delito de violencia privada cometida por mensaje de texto y utilizando fotos como elemento de chantaje.

### 2.3 Páginas web

- a. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 11º Turno N° 3 de 14 de febrero de 2011. Se condena por incumplimiento de contrato de transporte de mercadería donde se utiliza Internet como medio complementario para la valoración de la prueba y los informes periciales.
- b. Sentencia del Juzgado d Paz Departamental de la Capital de 18º Turno N° 8 de 11 de mayo de 2011. Se condena a la demandada por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad profesional por vencimiento del plazo de apelación basándose en la página web del Poder Judicial.
- c. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 11º Turno N° 137 de 25 de octubre de 2010. Se condena por un delito de difamación e injurias en reiteración real a través de Internet.
- d. Sentencia del Juzgado Letrado en lo Penal de 7º Turno N° 208 de 24 de octubre de 2013.- Se condena por un delito de Instigación a delinquir cometido a través de un medio de comunicación, al haber instigado a que mataran al Presidente de la República.

### 2.4 Sistemas informáticos

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo 10º Turno N° 68 de 22 de diciembre de 2014. Se resuelve demanda laboral por la cual se reclaman rubros, entre ellos, horas extras, las cuales no fueron probadas teniendo en cuenta el sistema informático-telefónico de logueo que se tomó como prueba.

### 2.5 Videovigilancia

- a. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno N° 353 de 27 de octubre de 2010. Se confirma auto de procesamiento por fraude, siendo prueba determinante en la imputación, imágenes registradas en sistema de video vigilancia.

- b. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3° Turno N° SEF 7-000025/014 de 25 de febrero de 2014. Se confirma sentencia de primera instancia que rechaza la demanda de eliminación de las imágenes obtenidas de la videovigilancia en una copropiedad.
- c. Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2° Turno N° 144 de 28 de mayo de 2014. Se confirma sentencia de primera instancia condenando por un delito de rapiña especialmente agravado utilizándose como medios probatorios imágenes de diversas cámaras de filmación.
- d. Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 8° Turno N° 19 de 11 de febrero de 2015. Se condena como autor de un delito de Ultraje público al pudor, utilizando filmación como prueba para el caso.

## 2.6 GPS

Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 4 Turno N° 1 de 3 de febrero de 2014. Se resuelve sobre diversos rubros laborales, incluyendo indemnización por despido, utilizándose como elemento probatorio el historial del GPS del vehículo usado por el trabajador.

## 3. Consideraciones formales recientes en la presentación de la prueba

### 3.1 Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Trabajo de 3° turno N° SEF 14-000076/2015 de fecha 18 de marzo de 2015

La sentencia del tribunal revoca parcialmente la primera instancia que acoge demanda laboral, y en su mérito desestima el reclamo de horas extras, considerando mal presentada la prueba informática, aún cuando se presentó en certificado notarial.

La parte demandada apela fundando ésta en que se efectuó una errónea valoración de la prueba y aplicación errónea de diversas normas de derecho. *“En cuanto a la valoración probatoria le agravia que no se considerara probado que la desvinculación obedeció a la causal de notoria mala conducta. Invoca en su respaldo que incurrió en error la sentenciante de primera instancia al no aplicar el artículo 248 del Reglamento Notarial sino los artículos 199 del mismo reglamento y los artículos 1581 y ss. del Código Civil y 265 y ss. del C.G.P. no validando un documento, que no fue atacado mediante tacha de falsedad, al amparo de lo preceptuado por el artículo 170 C.G.P.”*

El tribunal entiende que respecto al valor de los recaudos agregados, los agravios del recurrente al apelar, carecen de fundamento. Lo expresado por la Sra. Escribana se limita a afirmar que “las reproducciones” concuerdan bien y fielmente con “correos electrónicos” que tuvo a la vista.

Una diferencia surge en que la Escribana califica como “correos electrónicos”, lo que la parte demandada oferente del medio probatorio califica como “mensajes de texto”, esto es reiterado en el capítulo de prueba cuando expresa aportar “testimonios de mensajes de texto”. Referente a éstos, en la

contestación de la demanda el demandado los atribuye a comunicaciones que tuvieron lugar entre el actor y el compareciente, afirmando que de los mismos resulta “con meridiana claridad” la conducta del trabajador.

En cuanto a la actuación notarial y fotocopias en papel notarial la ausencia de prueba relativa a la autoría y fecha de las mismas impide otorgarles también valor de documento privado autenticado. *“Es de ver que tampoco contienen obligaciones ni descargos que vinculen a las partes y carecen de todo contenido dispositivo. Según expresa la profesional interviniente a fs. 40 son reproducciones de correos electrónicos que la escribana expresa haber tenido a la vista. Pero en la medida en que la actuación profesional no indica en que fuente o soporte obraban los referidos correos electrónicos, sin mencionar siquiera las fechas de los mismos, no es posible afirmar, como tampoco lo expresa la Escribana, la autoría ni la fecha cierta de lo reproducido. En adición, a fs. 70 nral 3 resulta que la parte actora compareció oponiéndose a que la certificación notarial y “correos electrónicos” mencionados en la misma fueran estimados y a fs. 90 resulta que exhibidas al actor las actuaciones a fs. 38, el mismo desconoció haber tenido participación. Entonces, asiste razón a la sentenciante de primera instancia cuando, aun con independencia de la categorización que corresponda efectuar de los recaudos de referencia, concluye que el demandado no logró acreditar la participación del actor en las comunicaciones reflejadas en las “reproducciones” a las que alude la actuación notarial a fs. 40”.*

Hemos analizado en otras oportunidades el tema de la actuación notarial y entendemos que el testimonio por exhibición no es la herramienta apropiada para presentar un documento electrónico. Entendemos que el instrumento correcto es un acta de comprobación, pudiendo el escribano constituirse en el sitio web, en el servidor de correo o en el sistema informático donde se encuentra la información que se pretende autenticar. Es fundamental en dicha actuación individualizar el sitio virtual, el soporte material si es relevante para el caso, como es el caso de un celular, individualizando fuente, emisor y destinatario, titular del servicio y toda otra información que pueda ser relevante.

Dice la sentencia: *“Si la parte demandada pretendía acreditar la existencia de mensajes de texto entre su parte y el actor tenía a su disposición mecanismos conducentes para hacerlo de modo útil, idóneo y conducente (artículo 190.2 C.G.P). Pudo aportar el original del aparato telefónico en el que eventualmente constaran los textos y recabar información de los proveedores de servicios para acreditar concordancia de números, líneas, texto y titulares, previo recabar las autorizaciones correspondientes”.*

Respecto a este punto tenemos que tener en cuenta que los proveedores de servicios no guardan el contenido del mensaje, por lo que puede ser de utilidad que en la comprobación notarial quede bien identificada la metadata del mensaje con el contenido, porque los datos de la comunicación si pueden ser brindados por el ISP.

3.2 Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3° turno N° SEF 14-000088/015 de fecha 26 de marzo de 2015

Se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia de Juzgado Letrado de Salto de 5° turno de fecha 30 de junio de 2014, que había acogido parcialmente la demanda laboral, usando entre los medios probatorios sms.

Se agravan los actores por el rechazo del rubro indemnización por despido, expresando que el a quo se basa en que hay dos mensajes de celulares de los actores que le dijeron al capataz que no iban más. Que el motivo por el cual no fueron más a trabajar era por los graves incumplimientos del empleador, por ello debe revocarse el fallo en este sentido y condenar al pago del rubro despido.

En el Resultando 2 de la sentencia dice que es *“inadmisible la renuncia de los trabajadores mediante mensaje de texto cursado por celular, como invoca la demandada”*. (...) *“Sin perjuicio de ello, además es compartible la objeción formulada por la parte actora, respecto al valor probatorio del acta notarial que luce a fs. 124 y 125, en cuanto acreditar renuncia de los trabajadores, en razón de que las referidas actas notarial, sólo puede dar plena fe de lo que consigna, es decir que tuvo a la vista los mensajes de texto transcriptos. Pero, ello no sustituye el mensaje en sí mismo, pues los mensajes de texto quedan registrados en un soporte magnético incluido en una fuente que es el aparato. El acta notarial no es el documento que hace plena prueba, puesto que es la constatación de que existe un registro de las características que consigna, pero no es susceptible de autenticar el registro originario. La fuente original es vulnerable y alterable por la vía de la alteración de las fechas de registro, que quedan pautadas por el reseteo del aparato y más aún, por cuanto son editables uno a uno, es decir, que entre una nómina de mensajes de ida y vuelta entre los sujetos, se puede seleccionar los que quiera y el acta notarial registra lo que se le muestra. Por tanto no se trata de un documento confeccionado con participación notarial, sino de una mera acta de constatación, efectuada sin contralor ni participación de las partes ni del órgano judicial. Lo que correspondía si se pretendía acreditar el alcance y sentido que pretende otorgar la demandada, al texto de los mensajes obrantes en el acta, era haber presentado el aparato original para cotejo y pericia técnica o solicitar al proveedor de servicios de celulares la descodificación de todos los mensajes cursados entre los sujetos involucrados en un período determinado, lo que no hizo y por tanto, el acta notarial aportado no es prueba idónea. En definitiva, asiste razón a los actores cuando expresan que la prueba aportada por la contraria, puede ser parcial y que además el texto recogido en el acta notarial es ambiguo, no es posible saber el contenido de conversación en que se inserta y por ende, se carece de elementos extra- textuales para otorgarles sentido de renuncia. No es equiparable el mensaje aislado con una nota firmada de renuncia con exposición de motivos”*.

Sin lugar a dudas, lo expresado en esta sentencia es clave y modifica el concepto que veníamos manejando hasta ahora. Con el criterio del juez de primera instancia y del Tribunal, que se comparte en cuanto a las apreciaciones técnicas, sin lugar a dudas lo expresado en la sentencia es lo que otorga garantías de autenticidad, con la salvedad que no es posible recuperar el texto

de los mensajes con el prestador de servicios, porque los sms no se comunican encriptados ni son guardados por los prestadores.

#### **4. Reflexión final**

A lo largo del enunciado de las diferentes sentencias podemos apreciar que es muy amplia la gama de posibilidades a la hora de utilizar herramientas electrónicas y por tanto utilizar esta información como prueba en juicio.

Vemos también como las formalidades en cuanto a la presentación de la prueba son cada vez más rigurosas, pretendiendo día a día tener mayor seguridad y garantías en cuanto a la veracidad de la información que se pretende introducir en el juicio.

Es claro también que esto puede traducirse en un importante aumento de los costos del procesos, motivo por el cual será necesario evaluar lo réditos que podemos obtener para evaluar el medio probatorio y la inversión que amerita.

Por otra parte es de fundamental importancia la adecuación de los tribunales para recibir la prueba en formato electrónico, garantizando su seguridad y disponibilidad.