

VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO Y ASPECTOS FORMALES DE SU PRESENTACION

Dra. Esc. María José Viega^(*)

Fabrizio Messano^()**

1. Introducción

El caso que nos involucra en la presente nota es la sentencia N° 242 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3° Turno, dictada el 15 de Setiembre de 2006, revocatoria de la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Artigas de 1° Turno N° 43 de 31 de mayo de 2006.

En la primera de las mencionadas se describe la apelación incoada por una persona que fue acusada de los delitos de difamación e injurias y que en primera instancia había sido condenada.

El agravio radicó básicamente en dos aspectos. Por un lado, cuestionó el procedimiento del a quo, quien, a su criterio, debió desestimar in limine litis la acción, dado que la página web donde estaban las supuestas injurias no había sido presentada en forma autenticada.

Su segundo agravio es que, ya desarrollado el procedimiento procesal penal en cuestión, a juicio de la dicente, no se valoró correctamente la prueba diligenciada ni se analizaron todas las defensas opuestas.

El Tribunal, tácitamente desestimando el primero de estos, pero compartiendo el segundo, revocó la sentencia de primera instancia, absolviendo por completo al encausado.

^(*) Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UR). Profesora de Derecho Telemático. Cursos del Posgrado de Derecho Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Miembro Honorario de la Asociación Paraguaya de Derecho Informático y Tecnológico. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático (UDELAR). Coordinadora del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático. Co-editora del Boletín Electrónico de Derecho y Tecnologías (www.viegasociados.com). Autora de múltiples trabajos de su especialidad y conferencista a nivel nacional e internacional.

^(**) Procurador por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Miembro del Grupo de Jurisprudencia del Instituto de Derecho Informático.

En la revocada sentencia de primera instancia el juez había condenado al encausado a 4 meses de prisión con pena suspendida, pese a los 6 meses de prisión que había pedido el Ministerio Público.

Un aspecto no relacionado concretamente con el tema probatorio, pero de interés para nuestra materia, por lo cual no queremos dejar de mencionarlo, es la consideración que realiza la sentencia de primera instancia referente a la aplicación de la ley 16.099, manifestando que en cuanto al régimen jurídico aplicable al caso, la Sede al igual que el Ministerio Público, entienden que rigen las previsiones de la ley 16.099, en tanto la norma no define ni agota el concepto de “medios de comunicación...” en radios, diarios o revistas; sino que refiere en diversas disposiciones a “...cualquiera otros medios de comunicación pública...”; art. 7; “...cualquier medio de comunicación...” art. 22º; e incluso la norma del art. 34º inciso 2º expresamente habla de “...medios no impresos de divulgación del pensamiento...”. Por lo que la publicación de una entrevista en una página web encarta, a criterio del decidor, en la ley 16099.

2. Reconocimiento del Documento Electrónico en nuestro Derecho

Giannantonio distingue 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 hombre¹.

Si analizamos la noción tradicional de documento referida al instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, vemos como el documento electrónico cumple con los requisitos del documento en soporte papel, de que contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico) en lenguaje convencional (el de los bits) sobre soporte (cinta o disco) destinado a durar en el tiempo².

En cuanto a su contenido y forma el documento electrónico, reviste al igual que el documento en papel, un corpus, una grafía y un elemento intelectual o contenido, sólo que ellos se revelan diferentes en un caso y en otro. Desde el punto de vista amplio el documento electrónico es un objeto físico cuya finalidad es conservar y

¹ 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.

² VIEGA, María José y RODRIGUEZ Beatriz. “Documento y firma electrónica. Cuestiones de seguridad en las nuevas formas documentales.

transmitir información a través de mensajes en un lenguaje natural, realizado con intermediación de funciones electrónicas. Desde un punto de vista estricto, éste se transforma en documento informático, en cuanto solamente la información puede ser recibida por el ser humano con la intervención de una máquina de traducción a un lenguaje entendible o natural, debido a que está elaborado en forma digital, a través de un sistema alfanumérico o similar, y depositado en la memoria central del computador³.

El problema que se nos plantea a la hora de incorporar este documento a un proceso como prueba, es la forma de presentación del mismo, tal como sucedió en el caso en cuestión, y las consecuencias que se derivan de la misma son sentencias en que se condena en primera instancia y resulta absuelto en la segunda, considerando diferentes aspectos de la misma prueba, el cual analizaremos más adelante.

Un punto de partida fundamental es la consideración de nuestro derecho positivo. Debiendo tener presente que el documento electrónico fue reconocido en nuestro país por primera vez en la ley 16.002 del año 1988, estableciendo en su artículo 29 que los documentos transmitidos por medios electrónicos constituirá de por sí documentación auténtica y hará plena fe.

Ley N° 16.736 de enero de 1996 en el artículo 695, equipara los medios informáticos a los convencionales, reconoce su validez jurídica y les otorga el mismo valor probatorio. El inciso final de este artículo está consagrando la firma electrónica como equivalente funcional de la firma ológrafa.

Por otra parte, el artículo 697 amplía el artículo 129 de la ley 16.002 en dos aspectos: sustituye el término “medios electrónicos” por “medios informáticos y telemáticos” y elimina la frase “entre dependencias oficiales”, lo que hace a la norma aplicable a nivel general.

El Decreto 65/998 de marzo de 1998, cumplió con lo prescripto por el artículo 698 de la Ley 16.736 y reglamentó el procedimiento administrativo electrónico, definiendo en los artículos 18 y 19 la firma electrónica y la firma digital respectivamente.

La Ley N° 17.243 de 29 de junio de 2000 ha regulado la firma electrónica bajo el título Sistema Informático del Estado y en el inciso primero del artículo 25 establece que los documentos electrónicos firmados electrónica o digitalmente tendrán idéntica validez y eficacia que lo firmados en forma autógrafa.

³ Curso en línea Introducción al Derecho de la Tecnologías de la información y la Comunicación. Módulo 15. www.viegasociados.com

Y este no es un tema menor, para que un documento electrónico tenga pleno valor probatorio tendrá que estar firmado, en el caso de que el mismo sea transmitido, utilizando las herramientas que reconoce la norma en virtud del principio de equivalencia funcional de la firma. ¿Qué pasa con los documentos publicados en Internet como en el caso en cuestión? ¿Qué herramientas podemos utilizar para darle un valor probatorio pleno? Lo responderemos en los siguientes puntos.

Finalmente, y en esta brevísima evolución normativa con carácter general, tenemos el Decreto 382/2003 de setiembre de 2003 que reglamenta el uso de la firma digital y el reconocimiento de su eficacia jurídica.

Por otra parte, a la preocupación de la validez del documento electrónico a la hora de su transformación a un documento tradicional, en soporte papel, que como veremos es un tema que podemos considerar solucionado desde diferentes puntos de vista, se le ha sumado la posibilidad de transformación del documento papel en electrónico, lo cual ha sido analizado en la XII Jornada Notarial Iberoamericana y considerado en las conclusiones del Tema II⁴.

3. Formas de presentación del Documento Electrónico

Este es el aspecto central de las sentencias objeto del presente, ya que ha sido decisiva a la hora de arribar a una resolución, la falta de formalidades en la presentación de la página web, las diferencias existentes en las versiones impresas de la misma, sin poder determinar cual puede considerarse una “copia” fiel del original.

Veremos a continuación cuales pueden ser las diferentes formas de presentación del documento electrónico para que posea valor probatorio pleno en juicio.

3.1 Actuación notarial

En una conferencia sobre el ejercicio del notariado en tiempos de Internet, hacíamos notar que un primer aspecto a destacar, era la utilización del Registro de Protocolizaciones y la posibilidad que existe hoy día de dar fecha cierta a los contenidos existentes en Internet.

Así es que, a través de Actas Notariales es posible probar la existencia de un sitio web, la ocupación de determinado dominio, los contenidos de una página web en un momento determinado. El procedimiento es sencillo, el Escribano se conecta a Internet en virtud a una solicitud específica de un cliente, ingresa al sitio requerido,

⁴ XII Jornada Notarial Iberoamericana. Punta del Este, noviembre 2006.
<http://viegasociados.com/moodle/mod/forum/view.php?id=549> Página visitada el 30 de noviembre de 2006.

imprime las diferentes páginas y las protocoliza, constatando la información contenida en el ciberespacio y dando fecha cierta a la misma⁵.

3.2 Inspección judicial

Otra posibilidad es pedir una medida cautelar, solicitando a la Sede que se constituya en un determinado dominio a los efectos de constatar la existencia o no de una información determinada. Esto puede realizarse con asistencia o no de perito, en virtud del alcance que deseemos darle a dicha prueba. Si para lo que se intenta probar alcanza lo que el usuario común –caso del escribano o del Juez- puede visualizar en una página web o si es necesario hacer un análisis del código fuente de la misma, necesitando en este caso el análisis de un experto en informática.

Por otra parte, también podríamos solicitar al tribunal, y aquí necesariamente con la presencia del usuario, que ingrese a un determinado servidor de correo, a los efectos de constatar si existe en el mismo un determinado mail y los datos y características de este.

3.3 Peritaje

Se ha definido el peritaje informático como “una serie de fases que generalmente han de planificarse como si se tratara de un proyecto. Aunque claro, todo depende de la complejidad del asunto. Las fases serían grosso modo las siguientes: definición de la consulta y viabilidad, estudio de antecedentes y toma de datos adicionales, estudio de los datos y hechos observados, elaboración y entrega del informe pericial y por último la defensa del informe”⁶.

Para realizar el informe pericial es conveniente seguir una serie de pautas, manteniendo un orden. En ese sentido se ha dicho que debe constar de una Portada (que contenga datos del origen y destino del peritaje), los Peritos encargados de realizarlo, los Antecedentes (“un inventario de los equipos intervenidos y su procedencia”), la Prueba Pericial, donde se detalla el procedimiento realizado, Archivos Relevantes (detalles de lo hallado), Conclusiones y Firma⁷.

4. Valor probatorio del documento electrónico y sus representaciones

⁵ VIEGA, María José. “El Notariado en tiempos de Internet”. Derecho Informático. Tomo IV (Correspondiente al año 2003). Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, mayo 2004. Página 147.

⁶ http://www.cii-murcia.es/informas/ene05/articulos/El_peritaje_informatico.pdf Página visitada el 28 de Noviembre de 2006.

⁷ <http://www.infoperitos.com/guiaimagenes.pdf> Página visitada el 28 de Noviembre de 2006.

Tenemos que contemplar en este punto dos aspectos diferentes. Uno de ellos es cuando el documento electrónico consiste en una página web –como en las sentencias objeto del presente- o está contenido en un determinado soporte magnético. El otro aspecto es cuando el documento electrónico es transmitido vía telemática, con independencia de que se trate del emisor o del receptor.

4.1 Documento electrónico

En la sentencia N° 242 se plantea la falta de formalidad a la hora de presentar una página web. Debemos tener presente la imposibilidad de presentar un documento electrónico original en soporte magnético, porque este consiste en la página publicada en Internet, o el software desarrollado por el programador, del cual podremos presentar una copia electrónica.

Esta primera opción plantea la dificultad de cumplir con el artículo 72 del CGP, ya que no existe en nuestro derecho la posibilidad de realizar una certificación de un documento electrónico en soporte magnético.

Debido a esta dificultad la tendencia habitual es la presentación de este documento en soporte papel, en nuestra opinión desnaturalizándolo, ya que parte de la doctrina considera a la versión papel como un documento electrónico en sentido amplio.

Partiendo de la base de que el documento electrónico requiere de un instrumento para su ejecución, al igual que las obras musicales, el papel implicaría una representación estática del mismo, no pudiendo, por tanto, considerárselo como una copia. Podríamos hablar en todo caso de una forma de representación.

El problema mayor que encontramos en este formato sería la ya mencionada estaticidad, más allá de la inviabilidad de constatar la fealdad de este documento si no está autenticado, ya que no se puede verificar el direccionamiento que produce cada click en un link, por ejemplo.

Ya se ha planteado este tema en nuestra jurisprudencia, nos referimos a las sentencias del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno N° 202 de 1 de octubre de 2003 y sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 2° turno N° 83 de 4 de octubre de 2002, que resolvieron acerca de la violación de derechos de autor por utilización de “links” y “frames” en un sitio web⁸.

Comentando las mencionadas sentencias la Dra. Leberrié expresaba: “Debió determinarse si el hipervínculo que conduce a la página manteniendo el marco original

⁸ “Derecho Informático” Tomo V. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, junio 2005. Página 383 y siguientes.

del portal, implica o no participación de la primera en el segundo, y de ello dependerá si se incumplió o no con el contrato. Es relevante en este punto considerar la presencia del frame, puesto que la participación de la página en el portal podría estar determinada porque los usuarios que ingresaban a través del hipervínculo, visualizaban la página con la apariencia de estar incluida dentro del portal.- Otro aspecto que resulta importante, pese a no haber sido tratado en la sentencia, es la forma como fue programado el frame, dado que es posible programar un marco de manera tal, que permita obtener información sobre los ingresos que se realicen a través del hipervínculo, lo que puede devenir en competencia desleal, desvío de clientela u otros ilícitos. Si bien la programación es un aspecto técnico, es indudable que puede revestir relevancia jurídica en este tipo de situaciones”⁹.

En este caso, con la presentación de la página en papel, es imposible realizar una pericia forense, salvo que también se imprimiera el código html de dicha página, lo cual no hemos visto hasta el presente. Pero, en realidad, si bien esto nos daría mayores herramientas, no nos permitiría agotar todas las posibilidades que tendría si tuviera acceso al documento electrónico, porque por ejemplo, aspectos de programación que se repiten en todas las páginas, como los “include” o el caso de los “script”, no los estaríamos viendo y por tanto no podríamos analizarlos.

No vamos a entrar en esta instancia en la problemática de las páginas dinámicas, en las cuales no existe un documento electrónico en el servidor, sino que el mismo es conformado acorde a condiciones del momento, lo cual agrava la problemática.

Ahora bien, cabría preguntarse qué valor jurídico se le otorga a esta representación.

De acuerdo a nuestro Código Civil un documento podrá ser público o privado. En el caso que esta representación posea los caracteres previstos en el artículo 1574 de dicho cuerpo normativo, será considerado un instrumento público y por lo tanto con plena eficacia probatoria.

El caso del instrumento privado será analizado en el punto siguiente, al referirnos al correo electrónico.

4.2 Documento electrónico transmitido vía telemática

Estamos viendo en nuestra jurisprudencia una gran cantidad de situaciones en que se presentan correos electrónicos impresos, los cuales carecen de firma

⁹ LEBERRIE Silvana. “connotaciones jurídicas de los hipervínculos y marcos en un sitio web”. “Derecho Informático” Tomo V. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, junio 2005. Páginas 403 y 404.

electrónica o digital, no presentándose su versión electrónica, ni realizándose ninguna instancia previa de reconocimiento del mismo. Pero, lo que llama más la atención es que normalmente, la contraparte no los desconoce.

El caso que dio lugar a la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14º Turno N° 37 de fecha 26 de junio de 2006 resuelve sobre la procedencia de indemnización por despido, por maniobra realizada a través del correo electrónico de la empresa. Como prueba se presentan mails que el actor enviaba desde la empresa a la consultora rival, y a terceros que intervenían en la transferencia de fondos. El actor desconoce esos mails y sostiene que, de ser verdaderos, se estaría violando su privacidad¹⁰.

De acuerdo a nuestro derecho positivo el e-mail con firma electrónica y/o digital producirá pleno valor probatorio. Ocurrirá lo mismo cuando el documento electrónico sea reconocido por la otra parte.

En la sentencia del Juzgado de Paz Departamental de la Capital de 5º Turno N° 52 de 26 de octubre de 2006, se presentan correos a los efectos de probar un arrendamiento de servicios, en los cuales intervino como intermediaria la abogada de la empresa demandada, quien envió mail con la propuesta de trabajo, reconociendo la parte demandada el precio fijado en el mismo.

En los casos que sea controvertido el contenido o desconocida su autoría, si el documento fue presentado en versión impresa simple, no cumple con las formalidades previstas en el artículo 72.1 del Código General del Proceso y de acuerdo al artículo 170.2 no se tendrá por auténtico, careciendo de valor probatorio.

En caso de documento transmitido electrónicamente (ej. correo electrónico), manifiestan los Dres. Alejandro Pintos y Gabriel Valentín que será conveniente la realización de una inspección judicial en el Pc del destinatario, de modo de comprobar la recepción del original transmitido. Esa inspección judicial deberá realizarse como medida cautelar, para evitar la adulteración o eliminación del documento¹¹.

Cabe en este punto realizar algunas puntualizaciones, en primer lugar creemos conveniente que la inspección judicial se realice en el servidor de correo electrónico desde el cual se envió el mensaje o en el cual se recibió, dependiendo del caso. Con la problemática adicional que si el mensaje se envió a través de smtp (simple mail transfer protocol) y no por web mail, podríamos no tener un registro de dicho envío.

¹⁰ Suma de la sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 14º Turno N° 37 de fecha 26 de junio de 2006, publicada en el presente tomo.

¹¹ PINTOS Alejandro y VALENTIN Gabriel. "La prueba documental frente a las nuevas tecnologías". XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Uruguayas de Derecho Procesal. Montevideo, 2002. Página 820.

La inspección judicial en el PC no garantiza la integridad del mensaje, ya que en el mismo es factible realizarle modificaciones. Entendemos que la finalidad de dicha medida, es obtener un documento cuyo original no se encuentra en poder de las partes, ya que el titular de una cuenta de correo tiene acceso a su contenido y la posibilidad de copiarlo en un dispositivo de almacenamiento, pero no disponer del original, no puede, además, eliminarlo en forma definitiva, porque al optar por eliminarlo, dicha acción implica un borrado lógico, no físico de dicho archivo. Por tanto, esta es una forma adecuada de cumplir con el artículo 167 del CGP. Otra posibilidad, en caso de no encontrar el archivo deseado en la inspección ocular, es solicitar el mismo al proveedor de la casilla de correo.

Esto ya ha sucedido, siendo muy comentado el caso en que una familia pedía el acceso a la cuenta de correo de su hijo, quien era soldado estadounidense y había fallecido en Irak, negándose Yahoo a permitirle el acceso tras considerar el carácter privado de los correos electrónicos, que no pueden ser entregados a terceros sin el consentimiento de su propietario¹².

5. Conclusiones

Tal como lo expresan los doctores Pintos y Valentín, el documento electrónico forma parte del género "prueba documental". Por lo tanto, resultan directamente aplicables al mismo las disposiciones que regulan a este medio de prueba en el Código Civil y en el Código General del Proceso¹³.

Es recomendable la presentación de los documentos electrónicos en formato digital, además de su representación en papel, para tener mayor seguridad a los efectos probatorios. La versión papel no deberá agregarse al expediente sin intervención notarial o sin que se haya obtenido a través de una instancia judicial.

Es fundamental, además, tener en cuenta la posibilidad de realizar un peritaje, el cual aportaría mayores garantías sobre el contenido de la información que se intenta utilizar como medio probatorio.

En nuestro derecho existe normativa específica que regula el tema en cuanto a su valor probatorio, si bien es insuficiente en virtud de que no contempla el documento público electrónico y la transformación de un documento papel al formato digital.

¹² <http://www.elmundo.es/navegante/2004/12/27/esociedad/1104138872.html> Página visitada el 15 de diciembre de 2006.

¹³ PINTOS Alejandro y VALENTIN Gabriel. "La prueba documental frente a las nuevas tecnologías". Ob. Cit., página 824.