

XXIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL, SANTIAGO DEL ESTERO, en homenaje a los Dres. Jorge W. Peyrano y José I. Cafferata Nores, 14, 15 y 16 de Septiembre 2017: “El conflicto jurídico y sus soluciones en el Siglo XXI”



Asociación Argentina
de Derecho Procesal

PONENCIA: “El valor convictivo del documento electrónico”.

COMISIÓN (proceso civil): Tema 2: Jurisdicción y nuevas tecnologías.

AUTOR: Molina Sandoval, Santiago; D.N.I. 34.988.998; Dirección Postal: Viracocha 6526, barrio La Salle, ciudad de Córdoba; Teléfono: + 54 9 351 6 00 2270; correo electrónico: smolinasandoval@gmail.com; fecha de nacimiento: 01/02/1990.

BREVE SÍNTESIS DE LA PROPUESTA: El actual artículo 288 del Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la figura del documento generado por medios electrónicos, asignándole equiparación a los efectos de la firma ológrafa en la medida que se utilice la firma digital que asegure la autoría e integridad del instrumento. La presente ponencia se encuentra dirigida a analizar el valor probatorio de aquellos documentos electrónicos incorporados en un proceso judicial.

POSTULACIÓN: El autor tiene intención de participar en el concurso de mejores ponencias presentadas por jóvenes abogados y a competir para ser seleccionadas para publicar en el libro del Congreso y los Premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “elDial.com”.

PROPUESTA DE LEMA: “*Por una justicia de medios y de fines*”.

I.- INTRODUCCIÓN.

Ciertamente, el Derecho Procesal se erige en un plano secundario como receptor o continente del sustancial a los fines de proporcionarle a este último los medios –o si se quiere los caminos- para lograr la efectivización de los derechos subjetivos. *“El Derecho Procesal se halla emplazado en un ámbito secundario con relación al denominado derecho sustancial o material (...). Las normas constituyen sólo un medio para lograr la realización de los intereses tutelados por las normas sustanciales”*¹.

En esta línea de pensamiento, el rediseño procesal es comprensible en periodos de cambio, puesto a que el contenido nuevo precisa de un continente afín susceptible de encauzar las nuevas prescripciones sustanciales.

Ciertamente, el impacto tecnológico, las corrientes contrataciones virtuales, el aluvión producido en la comunicación y en la información, en definitiva, la agudización progresiva de la globalización, los espacios más estrechos y los tiempos más inmediatos conformaron grandes cambios sustanciales en la sociedad que precisaron –desde luego– una nueva instrumentación.

Sin dudas, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación –vigente desde el pasado 01-08-2015– incorporó a su legislación al documento generado por medios electrónicos delineando algunos aspectos. Ello conformó una medida tendiente a reconocer fenómenos que existen constantemente en la realidad diaria de nuestra sociedad.

Sin embargo, su reconocimiento no permite por sí solo delinear su valor en un proceso judicial. Es por ello que a partir de la presente investigación se procurará trazar ciertas pautas en torno al valor convictivo del documento electrónico.

II.- NOCIONES EN TORNO A LA PRUEBA DOCUMENTAL.

Indudablemente, la característica clave del documento está dado en su aptitud de representatividad. En tal sentido, en la medida que un elemento represente alguna manifestación del pensamiento o permita trazar una relación de exteriorización del mismo será considerado un documento.

¹ PALACIO, Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, Decimoquinta Edición Actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 14.

La prueba documental puede ser definida como el medio procesal de incorporación de prueba tendiente a arrimar al proceso un documento y cuyo valor convictivo directo dependerá de que tenga una presunción de autenticidad o, en caso contrario, un reconocimiento de su autor.

La definición precedente nos permite efectuar la clasificación de los documentos en públicos y privados. Los primeros son aquellos *“otorgados por un funcionario público o depositario de la fe pública dentro de los límites de su competencia y de acuerdo con las formalidades prescritas por la ley²”*. La participación del *guardián de la fe pública* le brinda al documento la presunción de autenticidad en relación a los hechos que el funcionario afirma como cumplidos por él mismo o por los propios interesados realizados en su presencia hasta tanto sea redargüido de falso³. La distinción en torno a si participaron las propias partes o terceros en el acto instrumentado no tiene mayores consecuencias en el ofrecimiento, incorporación y valor convictivo de la prueba, aunque sí en la redargución de falsedad⁴.

Por su parte, los documentos privados pueden ser definidos en forma negativa y residual como aquellos que no revistan las características del documento público⁵. En otras palabras, serán documentos privados aquellas representaciones del pensamiento en las que no intervenga un depositario de la fe pública. En estos casos, la diferenciación en la autoría del documento pone de manifiesto una marcada bifurcación.

En tal sentido, en los documentos emanados de parte, el valor convictivo directo, o en términos de Alvarado Velloso, el valor probatorio definitivo⁶ se concretará con el debido reconocimiento del litigante que se equipara a la confesión judicial⁷. El trámite procesal se canaliza en los códigos rituales a través de un traslado a los fines de su reconocimiento o negación categórica.

² PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., pág. 426.

³ En igual sentido, ALVARADO VELLOSO, Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal Civil, adaptado a la legislación procesal de Córdoba por González Castro, Manuel, Fundación Desarrollo Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 592.

⁴ Piénsese en cómo puede repercutir ello en la estrategia probatoria del incidentista en el marco de una redargución de falsedad, máxime si lo que se aduce es la falsedad de algunos de los firmantes.

⁵ PALACIO, Lino Enrique, ob. cit., pág. 426.

⁶ ALVARADO VELLOSO, ob. cit.

⁷ En igual sentido, ALVARADO VELLOSO, ob. cit.

Por su parte, en los documentos emanados por terceros, el valor convictivo directo se asentará a partir de la declaración testimonial afirmativa en cuanto a su autenticidad por parte del otorgante. En definitiva, la figura del *testigo instrumental* es, sin dudas, quien aporta el complemento específico al propio documento para lograr su validación en el proceso.

III.- LA LEGISLACIÓN DEL DOCUMENTO EN UN CÓDIGO SUSTANCIAL

Ciertamente, la normativa sustancial inserta en el Código Civil y Comercial de la Nación en torno al documento se inmiscuye en la norma formal o procesal.

Evidentemente, la problemática trasciende al tema relativo de la delegación de facultades de las provincias a la Nación y, en resumidas cuentas, a una posible inconstitucionalidad de la formulación de normas procesales –materia reservada a las provincias– por parte del Congreso de la Nación.

En torno a ello, pueden realizarse dos miradas. La primera es de índole sustancial y pregona como tal que ciertas cuestiones procesales pueden deslizarse en una legislación sustancial en la medida que se asegure la institución sustantiva.

Zavala de González ha explicitado: *“Un tema distinto es que la normativa de fondo pueda y deba incorporar preceptos procesales –y así conviene hacerlo– cuando, de no ser respetados, puede resultar distorsionada alguna institución o finalidad sustantiva, por el estrecho enlace sobre cómo preservarlas en un litigio. Es inaceptable que la suerte de litigios por completo similares sea distinta por variación de reglas procesales dentro de nuestra nación⁸”*.

La instrumentación en un código de fondo –realizada por un legislador que conoce la sustancia de lo legislado– permite evitar que las legislaciones locales debiliten una aplicación auténtica del derecho sustancial. El legislador desarrolla en esta línea de pensamiento el perímetro de aplicación del instituto.

⁸ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, Alveroni Ediciones, 1ª edic., Córdoba, 2016, tomo II, pág. 402/403.

En esta dirección se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba al postular: *“Si la norma tiene por finalidad establecer y resguardar derechos subjetivos, su naturaleza es sustantiva. Cuando su fin es, en cambio, determinar el modo de conducta para pedir y otorgar el reconocimiento y eficacia jurisdiccional del derecho, su naturaleza es procesal”*.⁹

Por otro lado, una línea netamente procesalista –o quizás garantista– pondría reparos en la incorporación de normas procesales en un código sustancial, exhortando el debido respeto a la forma de gobierno adoptada por el país y el irrestricto acatamiento a la Constitución Nacional. En definitiva, ello se enmarcaría en un análisis *lege ferenda*, que excedería el marco del presente.

IV.1.- LA REGULACIÓN DE LAS FORMAS DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Conforme lo regula el art. 259 CCCN, el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.

En ese sentido, como regla general, el Código plantea una libertad de formas (art. 284 CCCN), es decir, que la autonomía de la voluntad faculta a las partes a hacer uso de la opción que estimen más conveniente, incluso adoptando una forma más exigente que la impuesta por la ley.

Al respecto, se ha dicho que la libertad de formas se manifiesta como: *“El principio consensualista que impera en el Derecho moderno que impone que las consecuencias jurídicas de las convenciones se producen por la mera expresión de la voluntad de los sujetos, a la que se atribuye fuerza jurígena”*¹⁰.

Ahora bien, cuando la normativa exige una forma impuesta y el acto no se otorga de la manera exigida (art. 285 CCCN), el Código formula una solución general y una específica. La general estará dada en que el acto vale como si las partes se hubieran obligado a cumplir con la expresada

⁹ TSJ, Sala Civ. y Com., 2/4/96, “Chiggio c. Glaser”, LLCba., 1997, p. 186 citado por ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, “Las cargas dinámicas en el nuevo código civil” en *Semanario Jurídico*, Año XXXVII, N° 1995, Córdoba, jueves 12 de marzo de 2015.

¹⁰ D’ALESSIO, Carlos Marcelo, Código Civil y Comercial comentado, (dir. LORENZETTI, Ricardo Luis), Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2015, art. 284, Tomo II, pág. 107.

formalidad –por ejemplo, el boleto de compraventa–, actos llamados de formalidad relativa. La específica se dará cuando la propia norma establece la sanción de nulidad, en el que debe aplicarse el mayor rigorismo: la nulidad.

Asimismo, la normativa sustancial al regular los contratos admite una forma a los fines probatorios –*ad probationem*–. De tal guisa, se deduce una limitación en la prueba del acto jurídico –por ejemplo, que no sea exclusivamente probado por testigos– señalándole al juzgador cuándo debe tener por acreditado el contrato.

Lo expresado marca una importante diferenciación en materia de formas de los actos jurídicos en el Código Civil y Comercial: por un lado, aquellos en los que rige la libertad de las formas; y por otro, los actos jurídicos formales, en los que se diferencian aquellos cuya formalidad radica a los fines probatorios, y aquellos en los que la forma está dada a los fines de la debida constitución del acto jurídico. En estos últimos, deben distinguirse aquellos en los que ante su inobservancia, opera la conversión del acto y los que en dicha circunstancia opera la nulidad.

IV.2.- LA FORMALIDAD TRADUCIDA EN LOS DOCUMENTOS

La aparición de los documentos en el Código Civil y Comercial de la Nación tiene razón al regular la forma y la prueba de los actos jurídicos.

En forma ejemplificativa, puede advertirse en el art. 1017 CCCN la forma en sentido relativo es decir, los que ante su inobservancia, opera la conversión del acto, de la escritura pública –especie de documento público–, formalidad que se repite en el leasing de inmuebles, buques o aeronaves (art. 1234 CCCN), el contrato de renta vitalicia (art. 1601 CCCN); la cesión de derechos hereditarios (art. 1618 CCCN); y el contrato de fideicomiso cuando su objeto esté constituido por inmuebles (art. 1669), entre otros.

Por su parte, se destacan como formas bajo sanción de nulidad, el contrato de donación de inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas o vitalicias (art. 1552 CCCN).

V.- LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Ciertamente, la evolución tecnológica propinó un nuevo soporte a los documentos tradicionales conocidos. En tal sentido, se ha dicho que: *“La realidad hoy existente que tiene como epicentro del sistema a la*

comunicación mediante la palabra y el papel, se ha sumado una nueva realidad que es la de la comunicación digital¹¹”.

Sin dudas, el elemento material de todo documento electrónico es el soporte digital, esto es, el canal virtual susceptible de representar la manifestación del pensamiento.

En resumidas cuentas, la distinción estará dada en el soporte del documento, es decir, que será electrónico cuando la representación de un hecho mediante un objeto expresada por un medio permanente que permita su reproducción tenga un soporte electrónico y/o digital¹².

Dentro del amplio espectro de los documentos electrónicos puede realizarse una clasificación con notoria mirada práctica. En efecto, los documentos pueden ser divididos en documentos digitales y documentos electrónicos propiamente dichos.

Los primeros son aquellos que cuentan con firma digital y se resumen en aquellos instrumentos tecnológicamente específicos que se crean a través de un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública y que permite la autenticación y la integridad del mensaje¹³. Ella se encuentra regulada en nuestro país por la ley 25.506 y tiene como efecto la identificación del autor del documento –o del emisor de la comunicación– y la presunción de autenticidad de un documento. En otras palabras, el documento electrónico con firma digital o mejor llamado documento digital se encuentra equiparado al documento público en cuanto a la identificación del autor/emisor del documento/comunicación y la integridad del mensaje.

Por su parte, los documentos electrónicos pueden ser definidos por exclusión con arreglo al art. 5 de la ley 25.506 como aquellos que cuentan con un conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos y son utilizados por el signatario

¹¹ OSSOLA, Federico A. , La denominada “Firma Digital” en el marco del Código Civil Argentino en Anuario de Derecho Civil, Tomo VII, Alveroni Ediciones, Córdoba, Año Académico 2002, pág. 129.

¹² En igual sentido, MOLINA QUIROGA, Eduardo, Tratado Jurisprudencial y doctrinario de Derecho Informático, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 105/106. El autor citado incluye como ejemplos las unidades de memoria auxiliar del computador como los discos rígidos, discos compactos (CD), disquetes, cintas magnéticas, memorias portátiles, etcétera. Podrían agregarse las llamadas “capturas de pantallas” tan en boga en estos momentos, los correos electrónicos, etcétera.

¹³ En igual sentido, GONZÁLEZ ZAMAR, Leonardo, Prueba y Nuevas Tecnologías. Internet, Correo Electrónico, Firma Electrónica y digital en Prueba Ilícita y Prueba Científica, (dir. Roland Arazi), Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2008, pág. 166.

como su medio de identificación, pero carecen de algunos de los requisitos legales para ser considerados documentos digitales.

En rigor, la diferenciación está dada en el estricto cumplimiento de los requisitos de la firma digital y ello tendrá especial importancia en el valor convictivo que tengan como material probatorio.

V.1.- LA REGULACIÓN EN EL CCCN

Sentados dichos conceptos, es de destacar que el Código Civil y Comercial de la Nación en el segundo párrafo del art. 288 ha incorporado explícitamente la figura del documento electrónico.

En efecto, el art. 288 CCCN formula: *“Firma: La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.*

En los instrumentos generados por medios electrónicos, 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”.

Este último párrafo permite realizar la diferenciación entre aquellos instrumentos generados por medios electrónicos en los que se utilice la firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento (los documentos digitales) y aquellos en los que no se utiliza la firma digital (los documentos electrónicos). Ello, sin dudas, tendrá incidencia en el valor convictivo para el juzgador.

V.2.- EL VALOR CONVICTIVO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO

Sabido es que la eficacia de los distintos medios probatorios se halla fijada mediante reglas vinculantes para el juez, quien debe atenerse a ellas con prescindencia de su convicción personal¹⁴.

Ahora bien, la cuña a dichas reglas vinculantes están dadas por las reglas de la sana crítica, entendidas como normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia. La razón suficiente será un corolario sustentado en dichas normas de criterio.

¹⁴ PALACIO, ob. cit., pág. 420.

Debe señalarse, en primer lugar, que la forma como requisito constitutivo de la fuente generadora de obligaciones debe ser cumplida para producir sus efectos propios y, en caso de inobservancia, procurar su cumplimiento. Ello tiene especial atención a la imposibilidad de suplir las formalidades específicas como puede ser una escritura pública en documentos electrónicos aun con firma digital. Se entiende que la regulación de las formas de los actos jurídicos debe ser estricta en atención a la seguridad jurídica.

Dicho ello, es de destacar que en materia de documentos electrónicos, el cumplimiento de los requisitos de la firma digital evidencia su solidez como material probatorio, luciendo un valor convictivo directo o pleno. En esta dirección, se ha equiparado en doctrina la firma digital a la firma ológrafa en cuanto a sus efectos y no su naturaleza¹⁵.

Desde el punto de vista procesal, estaría equiparado al documento público –con la salvedad formulada en relación a la forma de los actos jurídicos–, pues la firma digital prescinde del reconocimiento de su autor para su validación.

Por su parte, la valoración de un documento electrónico propiamente dicho tendrá otras connotaciones.

En primer lugar, se entiende que está equiparado a un documento privado y, como tal, deberá contar con el reconocimiento de su autor para su validación plena. Ahora bien, teniendo en cuenta que el documento electrónico no cuenta con una firma consistente en la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde, podría pensarse que una mera negativa del autor –supóngase la parte a quien se le sindicó el documento y no le favorece– alcanzaría para neutralizar el valor probatorio de la prueba.

Sin embargo, se entiende que las reglas de la sana crítica racional imponen que el documento electrónico negado tenga al menos un valor indiciario, el que, reunido a otros elementos –también indiciarios–, pueda conformar la presunción judicial de la autenticidad del documento.

¹⁵ OSSOLA, Federico Alejandro, VIBES, Federico Pablo, D'ALESSIO, Carlos Marcelo, LORENZETTI, Ricardo Luis, entre otros.

El valor indiciario estará dado en un principio de prueba por escrito. Sobre este asunto la Sala D de la Cámara Nacional de Comercio en el conocido caso “Bunker c. IBM” sentó la siguiente línea jurisprudencial: *“Si bien las constancias de correos electrónicos constituyen documentos que, por carecer de firma digital, no pueden ser equiparados a los instrumentos privados en cuanto a su valor probatorio, ello no obsta a que se las pueda presentar en juicio para probar un contrato, siendo consideradas como principio de prueba por escrito”*¹⁶.

Es de destacar que conforme lo regula el art. 316 CPCC, los indicios¹⁷ hacen prueba –es decir, se traducen en una presunción judicial– solamente cuando por su gravedad, número y conexión con el hecho que trata de averiguarse, sean capaces de producir el convencimiento sobre su existencia de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional.

Los demás indicios fundantes estarán alcanzados en el principio de libertad probatoria y, por ende, el marco es amplio. La pericial informática que determine el equipo de origen y el destino del mensaje con sustento en un previo secuestro de un disco rígido de propiedad del autor del documento puede tener cierta fuerza convictiva¹⁸. Una informativa cursada a los servidores o proveedores de Internet, que en definitiva son los intermediarios entre el remitente y el destinatario puede aportar resultados interesantes, aunque ante la escasa reglamentación al respecto, la conservación de los datos puede llegar a ser volátil.

Por último, los usos, prácticas y costumbres pueden tener cierta importancia a la hora de analizar los actos propios ejercidos por las partes. En efecto, la acreditación de una determinada operatoria comercial -informal- y la realización de actos que conforman la ejecución de obligaciones

¹⁶ CNCom., sala D, 02/03/2010, “Bunker Diseños S.A. c. IBM Argentina S.A.”, cita Online: AR/JUR/12833/2010.

¹⁷ El artículo hace referencia a “presunciones”, aunque, en rigor, se trata de indicios.

¹⁸ Conforme cita GONZALEZ ZAMAR, ob. cit. en el precedente judicial “Leone, Jorge N. c/ Maquieira, Jorge S.”, CNCiv., sala I, 8-11-2005, L.L. 2006-A-13, con nota de Juan M. Alterini se rechazó la demanda con sustento en que no puede tenerse por acreditada la existencia del contrato de mutuo ya que si bien se acompañaron las copia de los emails que intercambiaron las partes, no se produjo prueba sobre la autenticidad de los correos electrónicos atribuidos al demandado y enviados a través de la casilla que se le adjudica, máxime cuando el actor tenía a su alcance otros medios para acreditar su autenticidad, como ser el secuestro del disco rígido con carácter cautelar o el ofrecimiento de perito especializado en la materia.

derivadas de un contrato discutido son conductas que pueden ser valoradas positivamente por el juzgador.

VI.- CONCLUSIONES

A partir de la presente investigación, se ha intentado formular reflexiones en torno al valor convictivo del documento electrónico. En tal sentido, pueden conjeturarse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, la evolución tecnológica propinó un nuevo soporte a los documentos tradicionales conocidos: el soporte electrónico o digital.

En segundo lugar, los documentos electrónicos pueden ser divididos en documentos digitales y documentos electrónicos propiamente dichos, siendo los primeros aquellos que cuentan con firma digital y, los segundos, por exclusión, los que no cumplen los requisitos para su exigencia.

En ese orden, el CCCN recepta dicha diferenciación entre aquellos instrumentos generados por medios electrónicos en los que se utilice la firma digital y aquellos en los que no se utiliza.

Asimismo, la forma como requisito constitutivo no puede ser suplida por documentos electrónicos -aun con firma digital- siempre que no se haya estipulado estrictamente.

En esta dirección, el cumplimiento de los requisitos de la firma digital conforma un valor convictivo directo o pleno en el juzgador.

En contrapartida, el documento electrónico propiamente dicho está equiparado a un documento privado y, como tal, deberá contar con el reconocimiento de su autor para su validación plena.

Sin perjuicio de ello, el documento propiamente dicho tendrá un valor indiciario, el que reunido a otros elementos indiciarios, puede conformar la presunción judicial de la autenticidad del documento.