

EL CORREO ELECTRÓNICO Y SU ACREDITACIÓN DENTRO DEL PROCESO LABORAL

Enrique Damián Bes^(*)

Sumario:

El presente trabajo tiene como objetivo general analizar la situación del correo electrónico como fuente de prueba y su incorporación como medio probatorio en el proceso, para luego particularizar y definir algunas notas típicas del mismo dentro del proceso laboral. Se busca actualizar conceptos ya brindados¹ al respecto y darle al lector elementos suficientes para distinguir entre los distintos tipos de "e-mails".

Que se convierta en material de consulta y herramienta útil para el operador jurídico es la finalidad del artículo, ya sea que éste necesite establecer estrategias procesales idóneas al momento de desarrollar una demanda, una contestación, o bien que deba resolver (como parte del poder judicial) peticiones de las partes sobre éste tópico.

Citas legales / Concordancias Procesales:

Ley nacional de procedimiento laboral ley Nº 18.345 (1969) T.O. Decreto 106/98

Ley de procedimiento laboral de la provincia de Bs. As ley Nº 11.653 (1995) y reforma ley Nº 15.057 (2018)

Ley de procedimiento laboral de la provincia Rio Negro ley Nº 1504 (2008)

Ley de procedimiento laboral de la provincia de Entre Ríos ley Nº 5.315 (1973) y Código Procesal Civil y Comercial de Entre Ríos ley Nº 9.776 (2007)

Ley de procedimiento laboral de la provincia de Santa Fe ley Nº 7.945 (1976) Modificada y ordenada por decreto 1079/10 y por ley 13.840 (2019)

Código Procesal del Trabajo de la provincia de Córdoba Ley Nº 7.987 (1991)

1) UNIFICANDO EL LENGUAJE

Resulta importante comprender (para quienes no venimos del estudio de las ciencias informáticas) que toda la información digitalizada se procesa en un lenguaje binario, y por ende todo documento digital, esté en el formato que esté se compone de "0" y "1". Logramos visualizarlo porque mediante el equipamiento adecuado puede traducirse de este lenguaje a otro que nos resulte posible de comprender. En la película de ciencia ficción del año 1999, titulada "The Matrix", pudimos observar como el protagonista veía directamente desde el código binario. Envidiamente no necesitaba otro recurso adicional. Pero los usuarios "normales" estamos bastante lejos de esta posibilidad, y por ende necesitamos la visualización en un formato amigable y

(*) Abogado litigante, especializado en Derecho Laboral (individual y colectivo). Autor de publicaciones y disertante en charlas sobre dicha materia. Docente Universitario de grado e invitado como docente de posgrado. Miembro del Consejo Académico de la Facultad de Derecho de la UNDMP.

¹ El presente artículo tiene como base dos artículos de mi autoría titulados "La utilización de Internet en el trabajo, sus aparentes limitaciones, y la información gremial difundida por mail" y "Nuevas tecnologías y derecho del Trabajo", ambos publicados por la Revista de Derecho Laboral – Actualidad de Rubinzal Culzoni, en sus ediciones del 2008-2 y 2014-2 respectivamente.-

comprensible

Hemos creado sistemas, múltiples y variados, que nos permiten comunicarnos y por este motivo (y no por otro) vemos texto detrás de un correo electrónico, porque usamos herramientas digitales que interpretan esa cadena de "unos" y "ceros" y le dan una forma comprensible para el usuario (destinatario final en este caso del correo electrónico).

La información digitalizada además tiene un "peso", es decir que ocupa un espacio en algún tipo de soporte físico (aún los archivos subidos a "la nube" están almacenados en algún lado). Como primer referencia tomaré un byte, que es el espacio equivalente que ocupa digitalmente una letra, y la diferencia entre archivos más "pesados" y más "livianos" implica diferencia de costos, en *software* y en *hardware* para el proceso, administración y almacenamiento de los datos.

A pesar de que el email, en la mecánica de transporte no reduce, en principio, el volumen de lo remitido, sino que lo modifica en estructuras de datos propias del servicio de correo electrónico, (es decir pasa una forma más eficiente para el envío de la información) ha demostrado cumplir con los requisitos que la vida moderna le da a la velocidad y fidelidad que deben tener las comunicaciones. Adicionalmente a través del email, se implementan comunicaciones con reenvíos, por ejemplo a "la nube" (Icloud, Google Drive; Dropbox, etc.), y aprovechando el sistema de "linkeo" permite hacer accesible al usuario receptor grandes volúmenes de información, sin tener que transportarla (y sin que sea necesario reducir su "peso digital").-

Asimismo, también resulta necesario dar a conocer que comparar archivos digitales es posible y sumamente preciso. Una forma de lograrlo es a través de lo que se denomina código HASH. Este término de origen anglosajón se utiliza para definir a un "algoritmo" o "resumen" que representa de forma compacta cualquier archivo o conjunto de datos digitales, que mediante este proceso se reduce su tamaño (independientemente del propósito de su uso). Una foto digital, una conversación de mensajería instantánea, una página web, un documento de texto, o un email, se pueden traducir en un código HASH, a través de algún programa. De esta manera se transforma cualquier elemento digital en un código secuencial de letras y números. El objetivo de esto es representar datos de una manera que ocupen menos espacio, y determinar si dos archivos son idénticos (o por el contrario si alguno de ellos fue alterado). Cualquier variación o modificación sobre un archivo modifica este código. En otras palabras, solo dos archivos idénticos comparten un mismo HASH. Debe quedar claro que es una REPRESENTACIÓN del archivo original, por lo tanto desde el código Hash, no se puede reconstruir nada del archivo original, solo sirve para individualizarlo y compararlo con otro (aparentemente idéntico) de una forma sencilla y al acceso de cualquier usuario.

Vale la aclaración de que en este trabajo se utilizarán y mencionarán marcas de Software y de Empresas siendo una ejemplificación pedagógica, y no un juicio de valor de una marca sobre otra.

2) CONCEPTO DE CORREO ELECTRÓNICO:

El término "E-MAIL", es una abreviación de la frase de origen sajón "Electronic Mail", que se traduce como Correo electrónico. Ahora bien, adentrándonos en el

universo de las definiciones, existen numerosas conceptualizaciones para este medio de comunicación.

Intentando hacer una síntesis, puedo afirmar que todas confluyen en señalar que se define como un servicio de intercambio de mensajes que utiliza un medio electrónico desde el emisor hasta el receptor (o sea de extremo a extremo de la comunicación). Se trata de un sistema complejo, ya que no solo intervienen emisor y receptor, sino una serie de personas, sistemas y equipos, que permiten que el mensaje llegue completo y a destino.

El sistema de correo electrónico utiliza el protocolo "SMTP"² (acrónimo de lengua inglesa que resume a "Simple Mail Transfer Protocol", es decir, Protocolo Simple de Transferencia de Correo) para la transferencia de mensajes. SMTP no solo permite la transferencia de texto plano (sin formatos especiales) sino que admite todo tipo de información digital, con un límite en el peso del material a transferir (límite dado no por el protocolo en sí, sino por la configuración de los servidores).

Es el mecanismo utilizado para el intercambio de mensajes de correo electrónico entre computadoras u otros dispositivos (PDA, teléfonos móviles, impresoras, etc.). El funcionamiento de este protocolo se da en línea, de manera que opera en los servicios de correo electrónico. Sin embargo, este protocolo posee algunas limitaciones en cuanto a la recepción de mensajes en el servidor de destino (cola de mensajes recibidos). Para ello, se utilizan otros protocolos, y se asocia normalmente SMTP con otros, como el POP (Post Office Protocol) o IMAP (Internet Message Access Protocol). Entre todos, como las herramientas, cada uno cumple una función complementando el sistema, y otorgando a SMTP la tarea específica de enviar correo, y recibirlos empleando los otros protocolos antes mencionados (POP O IMAP).

Esta definición de correo electrónico, por extensión puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías, ya que en la actualidad no solo se escribe este tipo de correspondencia, sino que se utilizan mucho "mensajes directos" a través de numerosas redes sociales (ej. Facebook, Instagram, Twitter) y de diversas aplicaciones de comunicación (ej. Whatsapp, Telegram, Snapchat)

En nuestro ordenamiento existe una resolución de la secretaría de comercio, número 333/2001³, que define al e-mail diciendo: *Se entiende por correo electrónico toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras."*

3) FUNCIONAMIENTO TÉCNICO DEL CORREO ELECTRÓNICO:

Haciendo una simplificación de la mecánica interna de todo proceso de remisión de datos mediante email, se observará que en cada envío el software utilizado divide lo que sea remitido (texto, imágenes, etc.) en unidades menores de información, parcelando en pequeños paquetes de información, pero identificándolos con la misma etiqueta (que sería la dirección del destinatario). Al llegar a destino se unen en un solo

² Definido en la RFC 2821, y resulta un estándar oficial de internet. Las Request For Comments (RFC) son publicaciones del IETF (Internet Engineering Task Force o "grupo de trabajo de ingeniería en internet") y el texto completo se puede leer desde <https://tools.ietf.org/html/rfc2821>

³ B.O. 11/9/2001.

mensaje permitiendo al receptor recibir correctamente el envío.

Las características de eficiencia, velocidad y bajo costo (el que generalmente se limita al costo de tener Internet) han permitido que el E-mail desplace al correo ordinario.-

Los ordenadores "clientes" (así se denominan los que se encuentran en los extremos de la cadena de comunicación) se conectan utilizando la red entre ellos (que puede ser Internet, u otra red interna), y obtienen las aplicaciones necesarias de servidores de ficheros. Eventualmente si se conectan a Internet lo harán mediante un router, usando los servicios Web mediante aplicaciones que le permiten el uso del servidor y serán protegidas de incursiones no deseadas con diversos firewalls y claves de acceso y salida. Todo esto está controlado desde la posición del administrador, que es una persona con privilegios exclusivos para el mantenimiento de toda la red⁴.

La consecuencia es que un ordenador cliente envía el correo electrónico desde su máquina y pasa al servidor, para enlazar, mediante el router, con la red de redes. Por lo tanto, el administrador es consciente del contenido del correo en cualquier momento (o al menos puede serlo ya que cuenta con las credenciales suficientes).

Es igual que el correo no se haya mandado, o que se encuentre alojado en el servidor, también tendrá acceso (en general dependiendo de las configuraciones de seguridad siempre se deja alguien con acceso total). Esta persona es la que tiene más facilidades (además la que más posee formación técnica) para hacer un correcto control y administración, pero el nivel de privilegios digitales, sumado a su conocimiento lo pone en una situación de superioridad con relación a todos los usuarios del sistema.

Finalmente sobre el análisis de la figura del administrador, hay que señalar que los emails remitidos casi siempre dejan rastros, en forma de archivos (denominados "logs") que se pueden encontrar en los ordenadores clientes, en los servidores intervinientes y en cualquier equipo que haya intervenido en la comunicación (así esté localizado en cualquier lugar del mundo). Como imaginará el lector, CLARAMENTE la intimidad puede verse afectada (o al menos empañada) si no hay un eficiente control del sistema, ya que resultan exorbitantes los poderes que puede tener el Administrador.

Gráficamente podemos ver lo siguiente:



- MUA: Mail User Agent. Simplificando es el programa cliente (ej. Outlook Express) equivalente a remitente o destinatario
- MTA: Mail Transfer Agent. Aplicación de Servidor de Correo. Éste a su vez puede actuar como servidor de otros servidores, o como Cliente de otros servidores.

⁴ BANDAY, Tariq se ha tomado y simplificado parte de las explicaciones extraídas del artículo "TECHNIQUES AND TOOLS FOR FORENSIC INVESTIGATION OF E-MAIL", publicado en International Journal of Network Security & Its Applications (IJNSA), Vol.3, No.6, durante el mes de noviembre de 2011, cuyo original se encuentra en Inglés.-

- MDA: Mail Delivery Agent. Es el software que recibe el email y lo remite al MUA
- POP3: Post Office Protocol. "Protocolo de Oficina Postal" utilizado en clientes locales de correo para obtener los mensajes de correo electrónico almacenados en un servidor remoto, denominado Servidor POP. Las versiones del protocolo POP anteriores (POP1 y POP2), han quedado obsoletas, por lo que la utilización del término POP, hace referencia a "POP3", es decir a la última versión.
- IMAP: Internet Message Access Protocol. Este acrónimo que se traduce como "Protocolo de Acceso a Mensajes de internet", es un protocolo que utilizan las aplicaciones cliente de email, por ejemplificar una "herramienta de aplicación" que permite el acceso a mensajes almacenados en un servidor de Internet. Mediante IMAP se puede tener acceso al correo electrónico desde cualquier equipo que tenga una conexión a Internet. IMAP tiene ventajas sobre POP, ya que en el primero, por ejemplo, es posible visualizar los mensajes de manera remota y no descargando los mensajes como lo hace POP.
- Protocolo: En las ciencias informáticas esta palabra hace referencia a un conjunto de normas que permite la comunicación entre ordenadores (u otras entidades), estableciendo (1) forma de identificación de estos en la red, (2) forma de transmisión de los datos y (3) forma en que la información debe procesarse.

No siendo tema de este trabajo simplemente enunciaré que cada vez más regulaciones cuentan y exigen figuras de control, responsables civil y penalmente por el manejo de la información (sea transmitida por mail o por cualquier otra vía). Se ha vuelto URGENTE la necesidad de contar con responsables internos de las empresas, por ejemplo en materia de privacidad y manejo de datos personales. Ya se puede leer en regulaciones de avanzada de la figura del Compliance Data Protection Officer⁵

4) TIPOS DE CORREO ELECTRÓNICO. CLASIFICACIÓN

Clasificar es una herramienta. Cualquier sistema de estudio, utiliza este recurso, para ordenar y agrupar aquellos conceptos que son iguales, o que al menos comparten denominadores comunes lo suficientemente relevantes para establecer una "categoría". En ese sentido, y con el objetivo que el lector puede encontrar las diferencias, detallo las siguientes:

4.1) FIRMADOS o NO FIRMADOS: Esta es la única categoría que tiene efectos jurídicos. En nuestra legislación solamente se considerarán firmados aquellos que cumplan con el doble estándar requerido por la ley 25.506⁶, titulada como ley de Firma Digital. Si bien se refiere a cualquier documento electrónico (éste será el género) el email es una especie de documento electrónico, y por lo tanto le son aplicables las reglas de dicha normativa.

Como se observa en el artículo 3ro, se equipara la firma digital con la firma manuscrita, mientras que del juego de los artículos 7mo a 10mo solamente se presume la autoría (iuris tantum) a las comunicaciones electrónicas con firma DIGITAL.

En todos los otros sistemas que carezcan de Firma Digital, (aún a pesar de contener firma electrónica u otro sistema de identificación) deberá demostrarse la autoría por parte de quien invoca la legitimidad del documento y de su firma. A los

⁵ Por ejemplo en el Reglamento de la Unión Europea de Protección de datos Nº 2016/679

⁶ B.O 14/12/01 y modificada parcialmente por la ley 27.446 del 18/06/18

efectos del presente artículo, consideraré que se trata de un documento no firmado.

Bielli⁷ explica (y coincido con el razonamiento) que todo correo electrónico que contenga algún dato que permita asociarlo con una persona se debe considerar firmado electrónicamente. No obstante, conforme nuestro sistema jurídico, lo firmado electrónicamente recibe el mismo tratamiento que lo no firmado. Desarrollaré mayores detalles del juego normativo infra, pero la referencia realizada basta para diferenciar un email "firmado" de uno que no esté suscripto.

4.2) CERRADOS o ABIERTOS: En esta categoría diferenciaré el tipo de red sobre la que trabaja y la posibilidad (o imposibilidad) de circular por Internet que tienen unos en relación a los otros. Los primeros hacen referencia a todos los emails intercambiados dentro de una red o servidor privado (llamada intranet) como por ejemplo un sistema de comunicación dentro de una empresa, cuyos usuarios no tienen habilitada la salida al exterior. Por el contrario el segundo caso es considerado abierto, si aquella comunicación digital tiene la posibilidad de remitirse por internet hacia cualquier destino web. A modo de ejemplo, se puede analizar y definir como cerrado un correo corporativo que trabaja sobre un servidor interno, con programas "clientes" (vg. el "Lotus notes" o el "Outlook") en donde producto de la configuración solo se le permite a los usuarios comunicaciones internas.

Un ejemplo claro de abierto, también llamados cuentas de "correo Web" que se ingresa desde cualquier sistema con acceso a internet (vg. Yahoo, Gmail, Hotmail, etc.). Hay que señalar que la responsabilidad del empleador será mucho mayor en los correos cerrados, corporativos, pues controlará todos los parámetros de seguridad y privacidad del sistema que posee y se lo debe responsabilizar por el resguardo y fidelidad de la información que administra. En el segundo caso, solo mediante la instalación de software espía, se puede almacenar datos de las comunicaciones emitidas y recibidas.

4.3) PAGOS o GRATUITOS: Para referirme a este concepto, quizás le hiciera más justicia hablar de emails ABONADO EXCLUSIVAMENTE CON INFORMACIÓN o ABONADOS CON DINERO. Porque en realidad hoy no existe ningún sistema o servicio sin un abono mensual. Los "dueños de internet" o Club de los Cinco⁸ (y cuando haga esta referencia me referiré a Google, Facebook, Apple, Microsoft, Amazon) ofrecen servicios que no se pagan con dinero; pero que se pagan con datos. No es objeto del presente trabajo, pero la información se ha vuelto una moneda mucho más interesante para quienes hoy venden productos vinculados a ella.

Por email "pago", me referiré a los casos en que el cliente tiene una erogación en forma de abono (anual o mensual) para tener asignado una cuenta de acceso dentro de un dominio, con algún sistema que le provea una determinada cantidad de espacio de almacenamiento en un servidor. En general son cuentas con dominio vinculadas a las propias páginas de las empresas que así lo comercializan, o en algunos casos vinculadas a las marcas de los proveedores de Internet (por ejemplo una cuenta

⁷ BIELLI, Gastón en "Una nueva mirada acerca del valor probatorio del correo electrónico en procesos de índole contractual. La cuestión de la firma". Suplemento Derecho procesal electrónico de 2018 (Erreius)

⁸ ZUAZO, Natalia. Editorial Debate. En su libro "los dueños de internet" introduce y desarrolla este concepto, material de obligada lectura para quien pretenda conocer una faceta del funcionamiento de Internet hoy.-

drperez@estudioperez.com.ar o una cuenta que sea drperez@speedy.com.ar.

Los "gratuitos", son las clásicas cuentas que los previamente mencionados gigantes de internet ofrecen a sus usuarios luego de la aceptación de un largo y complejo acuerdo de términos y condiciones que poca gente analiza y lee.

4.4) ENCRIPTADOS o LIBRES. Independientemente de la existencia o no de una FIRMA DIGITAL (o de una FIRMA ELECTRONICA) el primer caso hace referencia a aquellos emails que son remitidos con un sistema de seguridad (generalmente una clave criptográfica) que no permite visualizar el contenido si el receptor no posee la clave necesaria. Es decir que la información viaja, pero no resulta visible a menos que se posea el código de apertura. El correo libre, no cifrado, también llamado correo simple es en la práctica el más usado.

Las categorías descriptas no son cerradas, ni excluyentes. De cada correo habrá que ver en que categoría se lo incluye, en particular al momento de determinar su valor probatorio.

5) CARACTERES DEL EMAIL:

De las múltiples posibles, opto por reproducir la caracterización realizada por Zamara⁹, con algunas modificaciones. La mencionada autora ha detallado como características típicas a las siguientes:

- Electrónico: porque utiliza medios electrónicos de gestión y transporte de datos.
- Asíncrono: porque no necesita sincronía en envío y recepción, lo que genera la necesidad de analizar los tiempos (redacción, emisión, recepción e información), para comprender cuando queda concluida una comunicación por esta vía.
- Ubicuo: en tanto generalmente permite su acceso desde diferentes lugares.
- Digital: por utilizar información digitalizada, o permitir la digitalización de información del mundo real y transportarla por dicha vía (ej.: Fotos)
- Informático: porque está en relación y depende para su existencia de las tecnologías de la información.

6) COMPARACIÓN Y EQUIPARACIÓN CON LA CORRESPONDENCIA EPISTOLAR:

La resolución 333/2001 de la Secretaria de Comercio, en el artículo 2 amplía y toma una decisión jurídica, diciendo: *"A los efectos legales, el correo electrónico se equipara a la correspondencia epistolar. La protección del correo electrónico abarca su creación, transmisión y almacenamiento."*

Entiendo y comparto la importancia de darle al email la misma protección que al correo tradicional, pero por una cuestión de utilidad social y de práctica jurídica; y no porque exista una equivalencia real, ya que entre ambos sistemas de comunicación hay más diferencias que similitudes. En conclusión, dejo mi discrepancia con aquellos autores o fallos que sostienen que son medios de comunicación iguales.

La comparación con la correspondencia epistolar tiene numerosa acogida en fallos de todos los fueros, donde se la ha asimilado. Doctrina especializada¹⁰ con la que

⁹ ZAMARA, Ivana Yasmina, "Los e-mail como fuentes de prueba en el proceso judicial. Un análisis acerca de su validez, confiabilidad y seguridad." del 21/12/2018 publicado en elDial.com. Cita DC26B4.

¹⁰ FISICARO Fernando y PARDO Rubén en "Correo electrónico su distinción con la correspondencia epistolar y la admisión de medidas cautelares".

coincido ha señalado al respecto que es errónea la comparación, porque:

- Cualquier mensaje digital “no es único”, ya que desde su remisión es múltiple. El sistema crea múltiples copias y las disemina por toda la red (geográficamente diseminadas en cualquier punto del mundo), dependiendo del punto de partida y llegada del mensaje¹¹.
- El elemento que contiene la correspondencia (ejemplo, un sobre) no permite su lectura por terceros, mientras que en el correo electrónico no pasa eso, ya que mientras se navega por el ciberespacio y aún mientras la información es enviada, puede existir acceso, interceptación o lectura de terceros¹².
- El correo electrónico permite determinar desde qué terminal fue enviado y en cuál fue recibido. Mientras que la correspondencia epistolar no requiere necesariamente de un remitente válido. La correspondencia epistolar anónima requiere de un bajo nivel de capacitación y de otras herramientas de rastreo, mientras que un email anónimo requiere de un emisor altamente calificado (por ejemplo un hacker), o en la mayoría de los casos habrá al menos una dirección de IP para utilizar como punto de partida.
- El receptor del e-mail tiene la posibilidad de replicarlo sin límite. Las copias creadas alojadas en la bandeja del receptor, están a disposición del usuario que puede a su voluntad, destruirlo, guardarlo o copiarlo¹³.
- En la correspondencia normal pueden intervenir terceros, (aunque uno mismo puede llevar su sobre a destino) y fundamental estos terceros intervinientes, no tienen copias de la correspondencia transportada, mientras que en el correo electrónico la intervención de terceros es excluyente, y todos los que intervienen poseen copias de la comunicación remitida y de la ruta que los mensajes han seguido.
- Existe una concreta y clara posibilidad que el operador del sistema pueda acceder a los mensajes y observar y/o modificar su contenido.

Conclusión NO ES identificable el correo electrónico a la correspondencia epistolar¹⁴. Normativamente se le ha asignado la misma protección, llegando algunos a afirmar que se encuentra dentro del bien tutelado por nuestra Constitución Nacional (en el artículo 18); pero NO ESTAMOS EN PRESENCIA DE DOS MEDIOS QUE FUNCIONEN IGUAL.

Si hay dificultades con la escasa normativa de fondo, mucho más lejos estamos de tener normativa adjetiva que permita aplicar soluciones analógicas a dos medios esencialmente diferentes. Asimismo se observa que hay confusión entre los operadores jurídicos cuando hablamos de exhibición de correspondencia (digital o

¹¹ MUNICOY Mariano, “Internet y el Art. 18 de la Constitución Nacional”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Ed. Ad – Hoc Villela Editor. Año VI. Número 10° A-2000. Pág. 157 y sgtes.

¹² ALTERINI Juan Martín; “Prueba Responsabilidad y Derecho Informático”, Publicado en La Ley 2006-E, 1155.

¹³ MUNICOY Mariano, (obra citada).

¹⁴ ULLA DE TORRESAN, Alicia Graciela. “La introducción de las nuevas tecnologías como prueba en el proceso laboral” (Revista Derecho Laboral Actualidad de Rubinzal Culzoni 2010/1 pág. 395) analiza la cuestión de la privacidad y el derecho a la intimidad, por lo que se sugiere la lectura del mismo.

física).

La Constitución Nacional en el citado art. 18; la Constitución de la Provincia de Bs As en los arts. 12.5 y 23; el Código Civil y Comercial en el artículo 318; y el Código Penal en el art. 153 siguen la misma línea de pensamiento, y se puede sintetizar diciendo que: "la correspondencia es privada, inviolable, y se castiga a quien la intercepta; y será necesario contar con la autorización del remitente y del destinatario para exhibirla en un proceso judicial".

Este complejo articulado, interpretado indebidamente volvería imposible que en cualquier proceso se utilizara correspondencia (reitero, digital o papel), ya que nunca la parte "perjudicada" por el eventual contenido del email autorizaría su uso.

Entiendo y adopto como propia la postura que indica que solo resultará inviolable (y por ende se requerirá autorización del emisor y destinatario) en los casos que no estemos en presencia de comunicaciones intercambiadas entre las partes en litigio¹⁵. Resulta necesario señalar que parte de la doctrina y la jurisprudencia discrepa con este punto de vista remarcando la inviolabilidad de toda correspondencia. Esto se ve agravado, para esta postura, cuando se trata de correspondencia catalogada como "confidencial", aún tratándose del destinatario se debe contar con el consentimiento del emisor¹⁶.

La mentada falta de reglamentación¹⁷ suficiente trae inseguridad jurídica ya que entre las partes en conflicto hay una utilización normalizada y despreocupada de estos medios, y les cuesta entender los motivos por los cuales los operadores judiciales seguimos mirando con escepticismo a este medio de comunicación masivo, que poco le queda de "nuevo" o "novedoso".

Como corolario de este punto, diré que la normativa vigente y su consecuente aplicación judicial, se encuentra muy atrasada en particular si lo comparamos con el enorme uso que la sociedad hace de la herramienta "correo electrónico".

7) NORMATIVA NACIONAL APLICABLE Y VINCULADA AL EMAIL:

Resulta particularmente complejo establecer un parámetro claro legislativo de utilización del correo electrónico para las relaciones humanas en nuestro país. Independientemente de la referenciada a lo largo del presente se transcribirá parte de la normativa dispersa existente, con el objetivo que la misma sirva como fuente de entendimiento de muchos de los razonamientos y conclusiones a los que se llega en el presente artículo.

Ley 24240. Año 1993. Defensa del consumidor.

En su texto original incorporó en el artículo 33 la posibilidad de utilizar medios electrónicos (email por ejemplo) para la venta por correspondencia, asignando una serie de consecuencias a este tipo de contratación. Se implementa el concepto de consentimiento In Ralenti (o consentimiento en cámara lenta) para quienes contraten

¹⁵ BUERES, Alberto J. (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, t. I, p. 271

¹⁶ GRISPO, Jorge Daniel, "Correspondencia, e-mail y mensajes de texto en el nuevo Código", Publicado en: LA LEY 13/10/2015, 13/10/2015, 1 -LA LEY2015-E, 1243, Cita Online: AR/DOC/2964/2015

¹⁷ MUÑOZ BARDA, Guillermina, "El correo electrónico como prueba en el proceso civil" 27/04/2015 publicado en "<http://institutoscamdp.com.ar/jovenes-abogados/>"

por medio digital (entre otros), lo que importa la facultad de arrepentirse y dejar sin efecto el contrato dentro de los 10 días de celebrado. Nuevamente no resulta objeto de este artículo analizar cuestiones de fondo, o civiles, pero es interesante detenerse y visualizar la posibilidad de plantear al usuario de correo electrónico dentro de una relación de consumo en la que el obligado resulta ser el prestador de servicio. Las consecuencias que de ello se pueden derivar son muchísimas (en particular a la hora de exigirle al prestador determinados estándares, prestaciones, o al momento de responsabilizarlo ante algún incumplimiento o cláusulas leoninas en el contrato de suscripción del servicio).-

Ley 25.506. Año 2001. Firma Digital.

Incorpora conceptos y definiciones legales de lo que puede ser considerado, o no, un documento digital. Ut supra expresé que hay una relación de género-especie entre el documento digital y el email, por lo tanto resulta plenamente aplicable al funcionamiento de esta tecnología. En este caso, siguiendo a Molina Quiroga¹⁸, existen tres clases de documentos electrónicos: 1- Con firma Digital, 2- Con Firma Electrónica, 3- No firmados.

Para poder considerar que se trata de un documento, cuya firma sea reconocida (y que quien la discuta deba probar la falsedad), esta ley estableció una serie de requisitos. Sintéticamente se enmarcan en la necesidad de contar con un certificado digital vigente¹⁹; y que dicho certificado sea emitido por una persona jurídica autorizada por el Estado para emitir dicha certificación. Su interrelación con el Código Civil y Comercial es útil y necesaria

Ley 25.520. Año 2001. Ley de Inteligencia Nacional.

En el artículo 5to delimita la inviolabilidad de todo tipo de comunicación, archivo, registro, excepto orden judicial.

Ley 26.361. Año 2008. Reforma Ley Defensa del Consumidor.

Se incorpora como modo de rescisión la vía electrónica para los contratos que se hubiesen celebrado por ese medio (art. 10ter), determinando la prohibición de cobro de preaviso o similar al momento de requerir la baja (art. 10quater)

También determina expresamente al correo electrónico como posibilidad para las empresas al momento de establecer un registro de reclamos (art. 27)

Ley 26.994. Año 2015. Código Civil y Comercial.

De los artículos 287 y 288, se evidencia y sostiene la necesidad de contar con firma digital para que un documento sea considerado válidamente firmado.

Por otra parte, en materia contractual el 985 (Contratos de Adhesión o predispuestos), sumado a lo previsto en el 1105 y siguientes (Contratos de Consumo) determinan la posibilidad de utilizar medios electrónicos para la realización de estos contratos, determinando en gran medida la posibilidad de probar estos

¹⁸ MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas", Citar: elDial.com – DC1F7C, Publicado el 10/08/2015

¹⁹ NAVARRO Gastón Andrés y AVENDAÑO Baltazar en "Correo electrónico y la incidencia de la firma digital – Implicancias y desafíos probatorios" publicado en elDial.com de fecha 31 de octubre de 2018. (elDial DC263F)

Ley 27.446. Año 2018. Simplificación y desburocratización de la Adm. Pub. Nac.

Modifica la ley de firma digital, ampliando (entre otras cosas) sus aplicaciones producto de la derogación del artículo 4to de la 25506, que limitaba los actos que podían darse bajo este sistema.

8) E-MAIL COMO HERRAMIENTA DE TRABAJO

El objetivo del presente es analizar cuestiones procesales, pero en cualquier relación laboral deben existir algunas determinaciones previas, que facilitará a ambas partes poder operar en el sistema con claridad y seguridad.

Lo que se evidencia de la lectura de fallos judiciales, y de las posturas doctrinarias es la clara colisión de derechos entre la intimidad, vista como expectativa de privacidad del trabajador (usuario del correo electrónico); y el derecho de propiedad del empresario (dueño de la herramienta de trabajo).

En ese conflicto, hay cuestiones sobre las cuales ya hay consenso suficiente (tanto a nivel nacional como en derecho comparado) de lo que se debería regular legislativamente. Hasta tanto nuestro país no cuente con normativa suficiente, faltará un piso, pautas mínimas al respecto; por lo que seguiremos utilizando las reglas generales contenidas en los 62 y siguientes de la ley 20.744. No obstante resulta importante señalar que:

1. El ámbito ideal para enmarcar la normativa es dentro de las discusiones paritarias, o dentro de los convenios colectivos de trabajo (CCT en adelante). Como ejemplo dentro del CCT 389/04, figura el artículo 16.4. que se ocupa de enmarcar este conflicto. Para un mejor análisis se transcribe parte pertinente del mismo: *“Los equipos informáticos, las capacidades de almacenamiento de datos existentes en los mismos y los tiempos de trabajo remunerados, son de propiedad de las empresas y se ponen a disposición del personal exclusivamente a los fines del efectivo desempeño de sus responsabilidades laborales; restringiéndose su utilización a fines personales y en forma expresa el tránsito de comunicaciones o archivo de documentos gráficos, fotográficos, videos, etc., con contenidos que puedan resultar reñidos con la moral o susceptibles de ofender a quienes pudieran acceder natural o accidentalmente a los mismos en virtud de su origen, edad, nacionalidad, raza, religión, sexo, o cualquier otro motivo. Las empresas tendrán derecho de controlar el contenido de los mismos con el fin de preservar su adecuada utilización a los fines de la prestación de los servicios asignados. Esta autorización incluye el contenido de las cuentas individuales de correo electrónico asignadas al personal por las empresas a efectos del dinámico desarrollo de sus tareas y comunicaciones laborales, cuya dirección tuviera como extensión el servidor de su propiedad o identificación de su marca comercial; y la posibilidad de grabar las conversaciones telefónicas mantenidas exclusivamente en oportunidad de la prestación de los servicios a clientes, con el objeto realizar los controles de calidad de los servicios prestados, acreditar a los clientes la efectiva prestación de los mismos, realizar la guarda a modo de respaldo a los efectos que pudieran resultar necesarios, etc. La notificación al personal por escrito es condición previa e ineludible para el ejercicio de la facultad de grabar las conversaciones telefónicas.* No se comparte el sentido dado, ya que entre otras cosas debió prever expresamente la notificación de las pautas de utilización para poder limitar la

expectativa de privacidad (en el artículo transcrito limita la notificación a la facultad de grabar las comunicaciones telefónicas). Como todo Convenio Colectivo de trabajo (que como tal debe ser considerado "contrato normativo"), debe ser cumplido y respetado por las partes alcanzadas hayan o no intervenido en la negociación y/o suscripción; ya que es lo que en dicho sector acordaron los representantes de ambas parte (trabajadores y empresarios en paritaria) y como tal, materia que debe considerarse regulada.

2. El uso de Internet en general, y del mail en particular, en nuestro país es considerado mayoritariamente como una herramienta laboral. En dicho sentido se lee de la mencionada resolución 333/2001 de la secretaría de comunicaciones que: *"Cuando el correo electrónico sea provisto por el empleador al trabajador en función de una relación laboral, se entenderá que la titularidad del mismo corresponde al empleador, independientemente del nombre y clave de acceso que sean necesarias para su uso. El empleador se encuentra facultado para acceder y controlar toda la información que circule por dicho correo electrónico laboral, como asimismo a prohibir su uso para fines personales. El ejercicio de estas facultades por parte del empleador, así como las condiciones de uso y acceso al correo electrónico laboral, deberá ser notificado por medio fehaciente al trabajador, al momento de poner a su disposición el correo electrónico o en cualquier oportunidad posterior, como requisito previo a su ejercicio. El empleador deberá asimismo, notificar fehacientemente al empleado su política respecto del acceso y uso de correo electrónico personal en el lugar de trabajo."* Es claro que lo transcrito no configura una ley, pero es el sentido que viene receptando la jurisprudencia mayoritaria analizada.
3. Lo reseñado en los puntos 1 y 2 no escapa del control de constitucionalidad y de convencionalidad, en especial en la medida que lo que se debate son derechos personalísimos. ¿Hasta qué punto lo expresado por el art. 16.4 del CCT 389/04 y la Res 333/2001 no colisionan con los artículos 51 a 55 del Código Civil y Comercial? El tipo de planteo "inter partes", dependiendo la casuística del tema, deberá detallar la vulneración del derecho constitucional, y el órgano decisor deberá expresarse al respecto.
4. Como toda herramienta laboral, si pretende ser controlado por parte del empresario deberá arbitrarlo con sistemas automáticos (que no permitan discriminaciones violatorias de lo regulado en el artículo 70 de la LCT), y ser de conocimiento del trabajador (ya que de lo contrario se violaría el artículo 71 de la LCT). Por este motivo se sostiene que debe constar en el legajo personal de cada trabajador una notificación fehaciente sobre cuál es la política de seguridad informática de la empresa²⁰; y que expectativa de privacidad puede tener el trabajador sobre la correspondencia digital remitida y recibida dentro de los sistemas de la empresa.
5. Al empleador se le recomienda hacer recordatorios periódicos de la política y normativa de seguridad informática. En particular si implementa algún cambio o modificación en la misma.

²⁰ Causa caratulada V. M. c/ O.S. Pesca s/Cobro de pesos Laboral", Exp. 55 Fº128 Año 2009, Letra 10486, Puerto Madryn, sentencia definitiva de junio 2012

6. Los reglamentos internos deben tener establecido parámetros claros generales del sistema de control, independientemente de que luego mediante anexos se hablen de pautas concretas. De esta manera el dependiente no podría aducir empleado poseer una genuina expectativa de intimidad, y sentirse vulnerado y agraviado por no respetársele su privacidad. La falta de estas pautas habilitaría al trabajador a intentar acciones indemnizatorias, o considerarse injuriado de conformidad con lo previsto en los arts. 1737 y siguientes del Código Civil y Comercial (con especial atención a la posibilidad de publicar la sentencia conforme lo normado en la última parte del art. 1740)
7. En cada cuestión no prevista y no legislada, que no pueda ser resuelta analógicamente con la normativa laboral deberá estarse a los principios generales y dentro del marco de la buena fe (Art. 63 LCT, arts. 9 y 961 Código Civil y Comercial) que debe existir entre empleador y empleado, en donde el límite abstracto está fijado como el comportamiento debido de “un buen empleador” y “un buen trabajador”.
8. Es esperable que toda interpretación de la normativa actual, y toda nueva legislación a producirse respete los principios generales del derecho laboral, en especial el de progresividad. Vale señalar que en el artículo 39, párrafo tercero de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires están detallados, por lo tanto no son solamente creaciones doctrinarias, o meras guías de trabajo, sino que son legislación vigente.

9) FIRMA DIGITAL Y RECIBO DE HABERES

Muchas consultas he recibido sobre la validez de los recibos de haberes firmados electrónicamente. Las distintas empresas lo implementan de múltiples maneras, en general le es remitido al dependiente un email con un aviso o link en el que informa que se encuentra disponible el recibo. Desde ese lugar es redireccionado el trabajador a algún software genérico que permite emisión de recibos de distintas empresas (y alojado en un "sitio web" externo al empleador), o a medida, efectuado especialmente para la empresa (alojado generalmente en sus servidores). El contenido de los recibos será visualizado por el dependiente mediante una clave y usuario. Generalmente algún botón, le indica firmar, y luego lo puede imprimir.

La primera salvedad al respecto que señalo, es que la normativa existente hasta el 15/05/2019 era la Resolución 1455/2011 del disuelto MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL (MTEySS); que decía: *"...el régimen o autorización a los empleadores para emitir recibos de pagos de salarios u otras formas de remuneración al personal en relación de dependencia, a través de formas electrónicas o digitales, en reemplazo de soporte papel utilizado"* conforme el artículo 1ro. En los siguientes artículos de manera genérica e inespecífica indica algunas pautas mínimas por la cual la actual secretaria de Trabajo procederá a autorizar la emisión por este sistema.

¿Pero el sistema implementado le exigía a los empleadores el uso de la firma Digital para otorgar la autorización? Claro que no, las autorizaciones se extendían casi de manera mecánica ante cualquier empresa que traía un sistema de recibos de haberes con firmas simplemente electrónicas, en donde se le provee al trabajador un usuario y clave.

Ya fue analizado durante el presente trabajo (punto 4.1) que nuestra legislación en cuanto al requisito de "firma" determina que para que una firma electrónica pueda ser equiparable a la firma ológrafa, tiene varios requisitos, en particular la existencia necesaria de un certificado vigente emitido por un certificador licenciado. Si a esto le sumamos que la LCT requiere para considerar válidamente firmado un recibo la necesidad de firma ológrafa (conforme el juego de los artículos 59 y 138 de la 20744) podemos afirmar que el sistema previsto por la Resolución MTEySS 1455/2011, era defectuoso.

Se bajaban los estándares, y nuevamente citando a Capón Filas, el trabajador deja de ser ciudadano en el momento que entra a la empresa, y los requisitos de validez de su firma digital, se diluían conforme el contenido y alcance que se le daba a la mentada resolución ministerial 1455/2011.

En el ejercicio profesional, en la implementación del sistema de firma electrónica de los recibos de haberes he detectado numerosas vulneraciones en los derechos del trabajador, en especial en los reclamos por comisiones o diferencias salariales, ya que el mismo generalmente no tiene espacio para impugnar las liquidaciones, o muchas veces solo puede acceder a visualizar el contenido "firmando" primero sin espacios ni lugares para plantear objeciones (las que por lo general efectúa en un correo separado).

Ni hablar en los casos que el trabajador se enferma (sea inculpable o dentro del sistema de ART), o tiene licencias prolongadas y por no concurrir le dan de baja sus claves lo que en general le impide el acceso completo al sistema.

Además al momento de presentar los "recibos firmados digitalmente" al proceso judicial, las empresas, generalmente se limitan a mencionar (en el mejor de los casos) que cuentan con autorización del MT para operar de dicha forma, sin explicar en el proceso mínimamente los estándares de seguridad adoptados.

Con fecha 16/05/2019 se dictó la Resolución 346/2019, por parte del MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN Y TRABAJO, lo que me llevó a la reformulación de este punto. En la lectura de los considerandos observé con grata sorpresa que con la modificación se busca *"...armonizar las legítimas expectativas vertidas en el uso de medios digitales con las garantías que deben asegurarse al ejercicio de los derechos de los trabajadores, como derivación del orden público laboral vigente"*. El subrayado me pertenece.

Ahora bien al momento de observar el articulado se desprende que:

Se deroga toda la normativa preexistente (artículo 2do y 3ro), con lo cual el empleador NO necesita pedir ninguna autorización previa al Ministerio. Claramente con este punto no se suben los estándares de seguridad, sino que por el contrario se bajan los mismos.

Establece la obligatoriedad (¿?) de cumplir con los requisitos exigidos por los artículos 138, 139 y 140 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744, t.o. 1976 y por las disposiciones de la Ley N° 25.506 en el segundo párrafo del artículo 1ro. No pareciera que fuera necesario un decreto para que se recuerde la obligatoriedad de la legislación vigente, pero teniendo en cuenta que con la anterior resolución ESTO NO OCURRÍA, inicialmente lo calificaré como un avance.

El 4to párrafo establece que debe implementarse la posibilidad de que el trabajador pueda salvar el recibo y guardar copia de los mismos. Se supone que esto contempla la posibilidad del trabajador de "llevarse" el documento electrónico debidamente firmado, que deberá ser considerado válido al momento de presentar el mismo para efectuar trámites.

En el 3er párrafo surge lo más interesante. Primero la posibilidad de que el trabajador firme en disconformidad como exigencia del sistema. Segundo que la firma DEBE ser digital tanto para el empleador como para el trabajador, ya que textualmente dice: *"...En caso de optarse por recibos de pago digitales, el empleador deberá arbitrar los medios necesarios a efectos de que los mismos sean firmados digitalmente, tanto por él como por el trabajador"*. Esto implicará que el empleador que quiera utilizar el sistema tendrá que cumplir con los requisitos que para firma digital establece la ley 25.506 (artículos 2 y 9 como mínimo)

Sostengo como corolario de lo señalado que los recibos de sueldo deben cumplir, para su validez probatoria, con el requisito de la firma del trabajador (artículo 138 y 59 de la LCT). Teniendo en cuenta que la ley de firma digital asimila la firma manuscrita a la que cumple con los requisitos para ser considerada digital, SOLO y EXCLUSIVAMENTE en el caso de que los empleadores cuenten con sistemas que cumplan con los requisitos de la ley 25.506, se podrá dar a dicho documento electrónico la condición de recibo de haberes firmado.

Es decir, que la Resolución sostiene ni más ni menos que debe cumplirse con la legislación vigente sino no existirá un "recibo de sueldo" válido en los términos la ley de contrato de trabajo.

En general los sistemas implementados por los empleadores en la actualidad NO CUMPLEN con los estándares requeridos, por lo que deberán ser considerados por los operados jurídicos como NO FIRMADOS, y por ende la carga de la prueba de dichos recibos de haberes correrá por cuenta del empleador, (aún a pesar de estar autorizado por una resolución ministerial derogada para emitir los recibos de haberes por dicho sistema).

10) RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL GENERAL

Resulta imposible hacer un glosario de todas las causas donde se analizó y detallo la utilización del Correo Electrónico. Cronológicamente reseñaremos la siguiente jurisprudencia:

04/03/1999 - Causa caratulada "Lanata, Jorge Ernesto s/deestimación", de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo: *"...el tan difundido e-mail de nuestros días es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc.; es decir, amplía la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional al usuario que tenga acceso al nuevo sistema. Es más, el correo electrónico posee características de protección de la privacidad más acentuadas que la inveterada vía postal a la que estábamos acostumbrados, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre de usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo puedan emitirse o archivar. Sentadas estas bases preliminares, nada se opone para definir al*

medio de comunicación electrónico como un verdadero correo en versión actualizada..."

11/02/2003 - Causa caratulada "Grimberg, Alfredo H. s/ sobreseimiento", nuevamente de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, dijo: *"...el correo electrónico es sin lugar a dudas correspondencia privada, que está protegida por la Constitución Nacional y otros tratados sobre derechos humanos incorporados a ella..."*

11/08/2005 - Causa caratulada "Leone, Jorge N. c/ Maqueira, Jorge S.", 11/8/2005, de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala 1, el tribunal, consideró inválidas las copias simples de los correos electrónicos acompañados diciendo: *"...Si bien es cierto que se acompañan las copias de los e-mails que se dicen intercambiados por las partes, no existe prueba sobre la autenticidad de los correos electrónicos atribuidos al demandado, enviados a través de la casilla que se le adjudica. El actor tenía a su alcance otros medios para acreditar fehacientemente la autenticidad de los mencionados correos, como ser el secuestro del disco rígido con carácter cautelar o el ofrecimiento de perito especializado en la materia. No se trata de restar valor probatorio a este medio de prueba sino de señalar su insuficiencia en los términos pretendidos. Y digo esto porque a mi juicio, la informativa de fs.130 que quedó incumplida era un extremo insoslayable para tener por auténticos a los documentos mencionados, ante la ausencia de otra prueba que -indudablemente- hubiera arrojado mayor luz sobre este extremo..."*

04/10/2007 - Causa Caratulada "Baires Inter Trade SA c/ Otro Mundo Brewing Company SA s/ medida precautoria", de la Cámara Nacional Comercial, Sala D, retoma en esta sentencia la postura sobre que la falta de firma digital invalida un correo electrónico traído a juicio diciendo: *"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 duda, 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. CNCom, Sala A, 27/6/06, "Coop de Vivienda Cred. y Cons. Fiduciaria Ltda c/ Becerra Leguizamon, H." [Fallo en extenso elDial-AA379] LL 24/10/06, 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 Cia SA c/ EASY Argentina SRL s/ ordinario, [Fallo en extenso: el Dial - AA3CEE], sentencia del 16-2-07; Nieto Melgarejo, P. "Derecho del Comercio Electronico, Lima, 2005, pag. 126/127)"*

29/04/2008 - Causa caratulada: "Vázquez, Walter Manuel c/Pomeranec, Diego Esteban" de la Cámara Comercial Sala A, resulta un ejemplo de aplicación directa del artículo 318 del Código Civil y Comercial, rechazando la incorporación al proceso de los emails en donde no se ha dado autorización del emisor y del destinatario. Del considerando 5.1 se extrae el siguiente párrafo: *"...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..."*

02/03/2010 - Causa Caratulada "Bunker Diseños SA c/IBM Argentina SA s/ordinario", de la Cámara Nacional Comercial, Sala D, morigera su previa visión del email, considerando el mismo prueba por escrito en los siguientes párrafos: *"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 requisito esencial de autenticidad (conf., esta sala, 16.02.2007 "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), considerándoselos principio de prueba por escrito como había aceptado la doctrina de los autores antes de la sanción de la citada ley nro. 25.506. Tal valor probatorio se sustenta en las normas del c.c. 1190, 1191, 1192, pues aunque por no estar firmados no alcanzan 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 nros. 2. c y 3, págs. 393/ 398, ed. 2004; Somer, M. "Documento Electrónico" J.A. 2004-I págs. 1034/1035; Gaibrois, L. "Un aporte para el estudio del valor probatorio del documento electrónico" J.A. 1993, II, ap. IX, p. 963).- "*

09/12/2010 - Causa caratulada "Heim, Germán Luis y otro contra Zito, Cono y otro. Daños y perjuicios" dictada por la SCJBA, donde se plantea un interesante debate sobre la responsabilidad objetiva (o no) que pudiera existir en la actividad informática. Del voto del Dr. Negri se transcribe la siguiente postura: *"...si bien en principio comparto, el alcance que el impugnante pretende darle al art. 1113, pues he sostenido que en algunas circunstancias el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño sino en la "actividad" desarrollada, en la cual la cosa juega un papel principalísimo (Ac. 37.535, sent. del 9-VIII-1988; L. 40.068, sent. del 16-VIII-1988; Ac. 42.839, sent. del 17-IV-1990; L. 83.342, sent. del 26-IX-2007; entre otras) tal como lo señala el colega que abre el acuerdo, su parte no logra conmover el argumento principal desestimatorio de la alzada, ello es la falta de demostración de la causalidad entre el riesgo de la "actividad informática" y los daños padecidos por su parte, ello torna insuficiente su agravio (art. 279 del C.P.C.C.)."*

08/02/2017 - Causa caratulada Carnevale Cosme Omar c/ Provincia de Bs. As. s/Pretensión indemnizatoria" la SCJBA sostiene la aplicación directa del 288 CCC, sobre la obligatoriedad de la firma electrónica diciendo: *"...corresponde destacar por un lado que los escritos de las partes, para ser tales, deben llevar la firma del peticionario cuando no exista mandato a favor de letrado y, por otro, que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza una firma digital (art. 288, segundo párrafo, CCC)."*

01/06/2017 - Causa caratulada "Llopert Ricardo José c/Lombardich Luis y Ot. p/Cob. de Pesos" de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza, se tuvo en cuenta correos electrónicos y mensajes intercambiados por el popular sistema de mensajería instantánea "whatsapp". Luego

de un análisis sobre la actividad del corretaje, y en sentido contrario al fallo reseñado Vázquez, a partir del considerando 5to detalla el uso y la utilización de la evidencia digital en el proceso. Se transcribe el siguiente extracto: *"...Si bien han existido reparos y discusión respecto de la prohibición contenida en el art. 318 CCyC, es decir la relativa a la confidencialidad de la correspondencia y su imposibilidad de uso sin el consentimiento del remitente bien se indica que en general y ya desde antaño se sostiene que entre las partes en litigio no hay secretos (Bueres, Alberto J. (Director), "Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. Hammurabi, t.I, p. 271), relevando en ese aspecto la carga de contar con la aprobación del remitente para su incorporación como prueba en juicio..."*

07/11/2017 - Causa caratulada: "Skillmedia SRL c/Estudio ML SA s/Ordinario" de la Cámara Nacional Comercial, Sala D, en relación a los fallos previamente citados de la misma sala, se encuentra en el caso de darle valor probatorio a un correo electrónico NO FIRMADO (conforme la clasificación dada al principio) expresando que: *"...no es posible negar valor probatorio a tal correo electrónico. Es que si bien, como regla, no puede asignarse valor probatorio a un correo electrónico que no cumple con los requisitos de los artículos 2 y 5 de la ley 25506 sobre 'firma digital', ya que el elemento de autenticación o certificación es un requisito esencial en la formación del denominado documento electrónico, lo cierto es que no existe impedimento para que, en ciertos casos, igualmente pueda ponderárselo como medio de prueba cuando su contenido aparece verosímil de acuerdo a las restantes pruebas del proceso y la sana crítica"*

11) RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL LABORAL

17/11/2003 - Carátula "Villaruel, Roxana c/Vestiditos S.A. s/Despido", de la CNAT, Sala X (cita: IJ-XXII-623). De este expediente, que puede calificarse como uno de los primeros de la jurisprudencia nacional, puede extraerse los lineamientos generales del correo electrónico como herramienta de trabajo. También aporta pautas sobre la expectativa de privacidad.

11/07/2007 - Carátula: "Viloria, Myriam Analía c/Aseguradora de Créditos y Garantías s/Despido", de la CNAT, Sala VII. En este fallo un despido causado se instrumenta en base a una revisión del correo electrónico de la trabajadora. El mecanismo adoptado por la empleadora fue valorado por la Cámara, ya que de la información que contenía el servidor de la empresa se efectuó una inspección limitada a verificar los email dirigidos por la trabajadora a otra empresa competidora. La relación investigativa (sin presencia de la trabajadora) restringió a 35 correos enviados por la trabajadora (de 940 totales), al dominio de la firma competidora salvaguardando su intimidad. También es un fallo para destacar que la presencia de la trabajadora en nada hubiera modificado el accionar de un técnico, debidamente verificado por un escribano.

30/09/2009 - Carátula: "López Davalos, Lucas N. c/Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/Despido" de la CNAT, Sala IX. Vemos como la Cámara se ocupa de analizar un uso inadecuado (envío de correo electrónico a quien no estaba destinado) como una falta, pero valora positivamente el intento del trabajador de remitir un correo rectificativo. También se siguen las pautas generales del despido previstas por la LCT

24/05/2012 - Carátula: "Levin, Ricardo Javier c/Taraborelli Automobile S.A. s/Diligencia preliminar", de la CNAT, Sala IX; (RC J 6183/12). En el mencionado se rechaza la solicitud de prueba anticipada o preliminar, indicando que hubo deficiente fundamentación del riesgo de alteración y de los motivos que llevan a romper con la bilateralidad. Discrepo con lo resuelto por el organismo, en particular por el gravísimo riesgo de alteración en todo lo que resulta prueba digital. La propia naturaleza de la prueba en debate es la que debe bastar para presuponer el riesgo. Es cierto que hay que garantizar el derecho de Defensa, pero la presencia del defensor oficial y de un perito sorteado que extraiga la información a peritar deben ser suficientes para proveer la diligencia preliminar.

28/06/2012 - Carátula: "Powell, Hugo Francisco c/Willis Corredores de Reaseguros S.A. y otro s/Diligencia preliminar", de la CNAT, Sala X (RC J 7522/12). Con apenas unos meses de diferencia del fallo previamente reseñado, se expresa en sentido contrario

31/07/2013 - Carátula: "Segura, Jimena c/Banco Columbia S.A. s/Despido" de la CNAT, Sala IV (RC J 16405/13). En esta causa, se valida como prueba los correos electrónicos enviados a la trabajadora desde una casilla institucional. La cámara no desconoce que la falta de firma digital los invalida como instrumento privado en cuanto a su valor probatorio. Pero lo interesante del presente es que a pesar de considerarlo principio de prueba por escrito, sostiene la validez probatoria (en el caso para acreditar una relación laboral en negro) ya que considera que dicha casilla oficial debió haber sido creada indefectiblemente por personal especializado de la empresa demandada (dependiente o contratado por ésta).

29/08/2013 - Carátula: "Antoniazzi, Mauro Gabriel c/Minera Santa Cruz S.A. s/Despido" de la CNAT, Sala II (RC J 17289/13). En esta causa la falta de firma digital en un correo electrónico lo invalida como prueba suficiente para un despido causado. Parte del fallo se para en la compleja relación entre Usuario, Persona física, e Identidad Virtual (ver Glosario). A lo señalado, se le suma la falta de conservación de los registros del servidor de la empresa, necesarios para cruzar la información que se pretendía como cierta determinando la imposibilidad de comprobar la autenticidad, integridad y veracidad del e-mail debatido. Esto resulta sumamente importante para los empleadores, ya que ellos deben garantizar y acreditar al perito que de sus servidores la información dubitada (que como en este caso es esencial para determinar un despido) no ha sido alterada informáticamente en su contenido, su encabezado y sus archivos adjuntos.

17/02/2017 - Carátula "Pérez, Pablo M. c/Sprayette SA y Otro s/Despido" de la CNAT, Sala II (IJ-CDLXXXIV-614). En este expediente se consideró desproporcionado el despido causado por utilización indebida del email corporativo entregado por la empresa. Se resalta que se le asigna condición de herramienta laboral, pero que no obstante, la proporcionalidad de la sanción máxima sigue las reglas generales de la LCT. En similar sentido la misma sala se expresó en la causa caratulada "F., P. J. c/Volkswagen Argentina SA s/Despido", del 26/11/15 (cita IJ-XCVI-298). Otra Sala (la III) resolvió en esa línea en la causa caratulada "De G., G. L. c/I.B.M. Argentina S.A. s/Despido" del 30/04/2018 (cita IJ-XXVIII-436)

17/08/2017 - Carátula: "B. O. F. c/C. S.A.C.I. s/Despido" de la CNAT, Sala II (IJ-

XDII-331). En este caso la distribución por Correo Electrónico de material ofensivo (pornográfico) sumado al conocimiento del actor de las políticas de uso fueron suficientes para determinar el despido causado. Se desprende del fallo la fuerza convictiva que los magistrados tuvieron de la pericial informática acompañada al expediente. La Sala V resolvió en similar tenor en autos caratulados "C., M. J. c/Price Waterhouse & Co. S.R.L. s/Despido" del 16/04/2009 (cita IJ-XXXIII-846)

12) PAUTAS PROBATORIAS EN GENERAL

Resulta necesario tomar del Derecho Procesal y comprender los conceptos de FUENTES DE PRUEBA, y de MEDIOS DE PRUEBA. La "fuente" determina todo lo que existe en la realidad, sin importar la existencia de un proceso judicial. Por su parte se considera "medio" a toda "fuente de prueba" que se introduce eficazmente al proceso judicial. De lo dicho se desprende que la primera carece de consecuencias jurídicas; hasta el momento que se considera admitida en el desarrollo de un juicio, y de esa manera se convierte en "medio de prueba".

En cada conflicto en el que analizamos rápidamente detectamos que toda la prueba digital en general y los email en particular resultan ser abundantes y numerosos, pero rara vez en el lugar que nos toque como operadores del proceso logramos transitar el camino necesario para transformarla en medio probatorio. Los motivos son múltiples, ya que los abogados conocen las complicaciones judiciales para acreditarlos y optan por otros medios de prueba, mientras que quienes desde el Poder Judicial deben definir tienen poca normativa de sustento (y en otros casos baja capacitación o noción del funcionamiento), lo que obliga a que cada caso sea analizado por separado sin poder unificar el tratamiento de cada tipo de prueba electrónica.

Molina Quiroga²¹, en sus trabajos se detiene a analizar las pautas necesarias para considera que un documento puede ser considerado medio de prueba eficiente, y por tanto *una evidencia válida de declaración de voluntad*. Las pautas que destaca para que ello ocurra, es que tanto las características de "autenticidad" como de "inalterabilidad" estén presentes y sean demostrables. El citado autor sostiene *"...Un documento será más seguro cuanto más difícil sea alterarlo y cuanto más fácilmente pueda verificarse la alteración que podría haberse producido, o reconstruirse el texto originario. La calidad de durable es aplicable a toda reproducción indeleble del original que importe una modificación irreversible del soporte..."*.

Continúa su análisis usando el medio por excelencia hasta la fecha, es decir la firma ológrafa y dice: *"...Por otro lado, la noción de autoría –de la declaración de voluntad- que tradicionalmente se basó exclusivamente en la inserción de una firma ológrafa cuando el soporte de una declaración de voluntad es el papel- requiere ser ampliada, incorporando todo otro medio técnico que asegure la verificación de la autoría atribuida y de la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento. En la práctica, la realidad cotidiana revela que se ha prescindido de la firma ológrafa en numerosas transacciones negociales, en las que se utilizan "documentos electrónicos", aun sin tener clara conciencia de tal circunstancia..."*

Consecuentemente, los principales problemas probatorios serán:

²¹ MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Eficacia probatoria de los correos y comunicaciones electrónicas", Citar: elDial.com – DC1F7C, Publicado el 10/08/2015

- acreditar LA INALTERABILIDAD del contenido, y
- acreditar la AUTORÍA del Correo Electrónico.

Para ello la legislación existente (tanto nacional como provincial), producto principalmente de su antigüedad no ofrece soluciones reales, y toda la casuística se viene resolviendo aplicando criterios de analogía. Como se observa la jurisprudencia va flexibilizando algunos conceptos y morigerando otros.

13) NORMATIVA PROCESAL APLICABLE

La cuestión normativa es dispersa, y existen pocos artículos que puedan ser utilizado de manera específica y única para probar un email, o en su caso una serie de comunicaciones efectuadas por esa vía. Se debe recurrir necesariamente a sistemas de prueba mixto. Quizás la provincia de Bs. As, con la sanción de la ley 15.057 puede haber aportado, bajo el sistema de presunciones, la regulación probatoria más específica vigente en los códigos de procedimiento analizados para el presente trabajo.

En dicho cuerpo normativo se hace expresa referencia a medios digitales en varias partes, reforma que resulta directamente aplicable a los correos electrónicos (por ejemplo el artículo 34). Pero en los artículos 47 y 48 se da la mayor reforma, ya que el primero de los artículos indicado bajo el título "OTROS MEDIOS PROBATORIOS" hace una amplia recepción de los medios digitales existentes; mientras que en el siguiente, y bajo el título "LIBROS Y REGISTROS" se incorpora un sistema de presunciones sumamente relevante. Ambos, por el material de análisis que ofrecen serán transcritos a continuación:

*ART. 47: "Cuando deba recurrirse a medios de prueba no previstos en esta ley, se proveerán y producirán conforme a las disposiciones establecidas en otros ordenamientos en los que estén previstos en tanto no colisionen con las disposiciones aquí determinadas, o en su defecto en la forma establecida por el Juez. Estas pautas se aplicarán especialmente para la incorporación al proceso de los medios de prueba que aportan los medios digitales y virtuales. Se consideran tales los correos electrónicos, los mensajes de texto, los mensajes de voz, las páginas oficiales de red informática, videograbaciones, siendo la presente una mera enunciación ejemplificativa. En su caso, el Juez podrá disponer: **a)** Prueba anticipada sobre medios digitales o virtuales a los efectos de no frustrar su incorporación al proceso. **b)** De manera excepcional, mediante petición debidamente fundada, el secuestro de los elementos de hardware, siempre que el perito designado no pueda generar una copia de la información a peritar o el cotejo judicial sobre las páginas oficiales de red informática acompañadas en copia simple e individualizadas sus direcciones. Para denegar este tipo de pruebas el Juez deberá fundar el rechazo."*

ART. 48: "Cuando en virtud de una norma legal aplicable exista obligación de llevar libros, registros, planillas especiales de índole laboral o soportes informáticos que por disposiciones especiales los suplan, y a requerimiento judicial no se los exhiba o resulte que no reúnen las exigencias legales y reglamentarias, incumbirá al empleador la prueba contraria si el trabajador o sus derechohabientes prestaren declaración jurada sobre los hechos que debieron consignarse en los mismos. En los casos en que se controvierta el monto o el cobro de remuneraciones en dinero o en especie, la prueba contraria a la reclamación corresponderá al empleador. Asimismo, cuando se encontraren en poder del empleador los elementos informáticos y/o tecnológicos

referidos en el artículo 47 y se solicitare su exhibición, constituirá presunción en su contra si nos los exhibiere o intencionalmente no los hubiere preservado, siempre que mediare juramento de la parte trabajadora o sus derechohabientes sobre el contenido de los mismos"

Fui consultado por miembros de la comisión redactora sobre el contenido y alcances del articulado (que en la numeración original era el 38bis), motivo por el cual, sé que el texto que finalmente se convirtió en ley tiene diferencias con el que se presentó.

El proyecto original era en mi opinión, más completo, pero resalto que exista normativa específica y lo señalo como una buena noticia. Aparecerán problemas de implementación de esta normativa, y seguramente habrá criterios interpretativos divergentes de los artículos transcritos, no obstante celebro que el legislador haya tenido la voluntad de generar normativa, con lo cual la provincia de Bs. As. da un primer paso necesario y se involucra en dar herramientas que al final beneficiarán a toda la sociedad.

En dicho sentido, las ventajas de contar con esta reforma son:

- Se legisló de manera abierta, ya que los términos elegidos son generales, y se señalan ejemplos. Esto permitirá la duración en el tiempo de la reforma aplicada, en particular por las nuevas tecnologías que velozmente se van incorporando a la vida cotidiana (y de las que aún no nos imaginamos siquiera su alcance)
- Se determinó expresamente la prueba anticipada como medio idóneo de incorporarla al proceso. En particular se exige debida fundamentación al rechazo lo que obligará al órgano decisor a analizar en profundidad el tema.
- Se establece el secuestro como excepción, lo cual tratándose de medios digitales es sumamente correcto, en particular teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos los procedimientos de la informática forense transcritos permiten la copia del material a peritar.
- Se detalla la obligación de negar categóricamente los correos electrónicos al momento de contestar la demanda (art 34, último párrafo ley citada)
- Se determinó un sistema de juramento, equivalente al antiguo 39 de la ley 11653, en el que no solo regirán presunciones sobre el contenido de libros y registros, sino que en este caso, habrá equivalencia en los sistemas informáticos. Esto implicará obligación del empleador de conservar y exhibir registros informáticos, bajo apercibimiento de dar por cierto lo que el trabajador haya declarado bajo juramento.
- Los alcances aún no están claramente determinados. Si bien se pueden enumerar muchos ejemplos del punto anterior, me detendré en el reclamo de horas extraordinarias por parte del dependiente (del que existe expresa obligación de llevar registros conforme artículo 6, inc. "C" de la Ley Nº 11.544). Muchas veces la prueba de la extensión horaria se encuentra registros adicionales (no obligatorios) pero que la empresa lleva adelante y que en el proceso se da debida prueba de ello. Casos de horario de logueo en el sistema informático de la empresa, o de registro de las cámaras de seguridad, o del reloj de ingreso con marcación electrónica. Es claro que a dichos sistemas el trabajador nunca tendrá acceso. Mediante esta presunción, que nace del juramento del trabajador, el juez debería contar con elementos suficientes para considerar "real" el horario denunciado;

ante la habitual orfandad probatoria por parte del demandado (quien por lo general sólo se limita a negar las afirmaciones realizadas por el trabajador), que a pesar de estar en mejor forma para probar, ninguna actividad realiza en dicho sentido.

Por oposición los inconvenientes, u oportunidades perdidas que puedo reseñar:

- Conforme lo indicaba el proyecto original, no se avanzó sobre el "reconocimiento judicial" como medio de prueba expresamente determinado y utilizable para algunas cuestiones referentes a prueba digital. Esto hubiera garantizado a los trabajadores el principio de gratuidad. Como estaba pensada la herramienta permitía que quien carece de recursos pudiera certificar páginas web u otras comunicaciones, sin tener que contratar un escribano (con las dificultades y limitaciones propias del tema tal cual se detallará infra).
- No se legisló expresamente el caso de los registros electrónicos optativos, sino que queda la construcción de los mismos a partir de lo previsto en el 48 in fine (medio de prueba electrónica en poder de la contraparte). Hubiera sido sumamente útil incorporar consecuencias puntuales para éstos una vez que se prueba en proceso que los mismos se llevaban (y que la parte requerida opta expresamente por no acompañarlos), ya que la presunción del 386 del CPCCBA, es bastante liviana en cuanto a sus efectos. El ejemplo de las cámaras de seguridad en los bancos, cuya obligatoriedad surge de las reglamentaciones del BCRA, y que no son traídas a proceso a pesar de estar individualizadas.

14) FORMAS DE PRESENTACIÓN EN EL PROCESO LABORAL

Lo primero que resulta oportuno y de práctica señalar es si en nuestro caso, el correo en cuestión a analizar se encuentra en una cuenta de mail a la que el trabajador tiene o no acceso.

Si es un correo que se encuentra en "poder" del trabajador, la cuestión probatoria se simplifica, ya que gran parte de la prueba pericial informática podrá realizarse sobre ésta cuenta.

Por el contrario, si se hace referencia a un email, que se encuentra en poder de la contraparte, toda la cuestión probatoria se volverá compleja y quedará probablemente en el terreno de las presunciones. Resulta infrecuente que una parte acompañe voluntariamente al proceso pruebas que lo incriminan, o que si las acompaña, no se haya tomado el trabajo de alterarlas previamente (teniendo especial atención a lo modificable que resulta el sistema).

Vale señalar que el concepto de cargas dinámicas probatorias²², del que muchos procesalistas debaten (y algunos rechazan), debe estar presente en especial al momento de pensar en prueba digital LABORAL, ya que producto de la evidente asimetría probatoria se conculcarían derechos de fondo reconocidos a los trabajadores.

En muchos supuestos debe abandonarse la visión tradicional de las cargas probatorias, incorporando no solo las cargas probatorias dinámicas, sino los conceptos de solidaridad en la producción probatoria y en los deberes de explicitación. Sostengo

²² FERRER, Federico Miguel "Sobre las nuevas -y no tan nuevas- pruebas informáticas, tecnológicas, digitales - Los nuevos documentos" artículo del 18/12/16 extraído de www.barbarapeñaloza.com.ar

esta postura, y por lo tanto niego la inadecuada corriente jurisprudencial y doctrinaria que sostiene que lo normado por el Código Civil y Comercial de la Nación sobre las cargas probatorias dinámicas sólo se aplica en el caso civiles de reclamos por daños. En general esta postura se fundamenta en la ubicación del artículo 1735. El mismo se encuentra dentro del Título IV "Otras fuentes de obligaciones", Capítulo 1 "La responsabilidad civil", y dice: *"Facultades judiciales. No obstante, el juez puede distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla. Si el juez lo considera pertinente, durante el proceso debe comunicar a las partes que aplicará este criterio, de modo de permitir a los litigantes ofrecer y producir los elementos de convicción que hagan a su defensa"*. Por analogía, resulta claro a esta altura que puede aplicarse, máxime si se tiene en cuenta que el acto de despido incausado (generador de gran parte de la masa litigiosa laboral) genera responsabilidad por los daños causados, por eso es indemnizado. Que la cuantificación de ese daño esté tarifada por la LCT, no excluye la aplicación de los sistemas generales de responsabilidad; y mucho menos cuando de prueba electrónica se trata.-

Por esto los sistemas de presunciones deben profundizarse; en la línea de lo establecido por el artículo 48 de la nueva ley de procedimiento laboral de la provincia de Bs. As.; o en el artículo 59 del Código procesal Laboral de Santa Fe. Los considero ejemplos válidos de "dónde" debe estar la obligación de probar los hechos. Quedarse en la frase "el que afirma prueba", es una simplificación que no puede, ni debe, aplicarse a todos los casos, y menos cuando la asimetría y desigualdad es tan marcada como en la relación laboral.

14.1) Presentación en juicio de la impresión simple del Correo Electrónico:

Hasta ahora, estimo que por desconocimiento, resulta ser la práctica judicial más observada. Conforme lo estudiado hasta el momento afirmo que NO SIRVE como prueba directa.

Se llega a esta conclusión pues siendo negada la autenticidad de los correos electrónicos presentados en "impresiones" a un juicio, y sin otros elementos probatorios complementarios, quien debe resolver NO puede tomarlos en cuenta.

La negativa en nuestros sistemas procesales obliga a quien afirma a demostrar la veracidad de dichos elementos (con la salvedad ya señalada de las cargas dinámicas probatorias), y si el órgano judicial no cuenta con ningún otro medio de prueba complementario, producto de la gran posibilidad de que lo acompañado a proceso haya sido adulterado se verá en la obligación de no poder tomarlo en cuenta al momento de resolver.

Con cualquier programa de edición de imagen, se puede tomar un email genuino y modificarle el contenido, remitente, hora y fecha, términos y/o cualquier otro dato. No requiere grandes conocimientos, y es realizable con el equipamiento habitual que aporta una PC de escritorio o portátil. De hecho se puede armar un correo impreso que nunca se fue remitido.

Es claro que no me refiero a la adulteración real de un correo electrónico en su origen o destino. Este tipo de práctica, dentro del propio sistema, está fuera del alcance del profano, y se requieren habilidades y capacidades especiales que den

cuenta de un conocimiento acabado de programación y funcionamiento digital.

Abreva esta postura varios fallos de los que ya he efectuado reseña (en especial fallo Ponce del 2005. Obviamente la casuística impide hacer analogías directas, debiendo tomar en cuenta las particularidades de cada caso en concreto

En cuanto a la normativa aplicable se ha consultado la siguiente:

- Artículo 82 ley 18345 Nacional
- Artículos 34, 34 y 49 ley 15.057 (Bs. As.)
- Artículo 87 ley 5315 y artículos 373 y 381 del Código Procesal Civil de Entre Ríos
- Artículo 33 ley 1504 (Río Negro)
- Artículos 71 a 75 y concordantes ley 7.945 (Santa Fe)

14.2) Acta notarial

El acta notarial simplifica un paso. Es decir, el notario podrá dar cuenta de la veracidad de las impresiones a acompañar, y por ende solo se podrá limitar a una comparación con lo que le muestran. Consecuentemente una prueba que se limite a certificar que las copias son idénticas con las exhibidas al escribano también resulta insuficiente.

El procedimiento complementario a la escritura pública es que al momento de la constatación haya otro profesional, o idóneo de las ciencias informáticas. De esa manera el escribano observará y relatará en presencia de quien se encuentra y que procedimiento y sistemas están siendo utilizados para obtener la información que luego se certificará y podrá acompañar al proceso.

El lector, inmediatamente podrá concluir que este sistema resulta inaccesible para el trabajador, quien no cuenta con medios suficientes para poder realizar las erogaciones previamente indicadas. Por este motivo, he señalado la necesidad de garantizar el principio protectorio reconocido a los trabajadores, en especial en su faceta procesal, como es el principio de gratuidad de las actuaciones.

No es un simple enunciado, sino una guía de todo el sistema laboral y una manda constitucional para los habitantes de la provincia de Buenos Aires (artículo 39, tercer párrafo). La situación actual, implica limitar éste derecho constitucionalmente reconocido. Para lograr este cometido, necesariamente se deberá encarar las reformas legislativas que sean necesarias, con la participación obligada del Colegio de Escribanos. De esta manera se logrará implementar mecanismos y brindar a los trabajadores formas de acceder a constataciones de manera gratuita.

14.3) Reconocimiento judicial:

Este tipo de prueba, es perfectamente adaptable a verificaciones de material digital y permitiría que el trabajador acceda a ella (a diferencia que el acta notarial). En particular está pensado para la verificación de lugares o cosas, y el contenido existente en sistemas de información, particularmente mails, es perfectamente analizable y reconocible judicialmente. Claro está que el tribunal no puede determinar más que la identidad de lo que observa impreso con lo electrónico (por ejemplo la existencia de una página Web, o un correo electrónico en la casilla del trabajador).

Deberá quien lo requiera complementarlo con una pericial informática. Como señalé, puede en algunos casos servir para que el trabajador acceda a una suerte de

certificación que producto de los costos se le volvería imposible realizar en una escribanía. Por este motivo recurriendo al funcionario judicial podrá obtenerla. En cuanto a la normativa aplicable se ha consultado la siguiente:

- Artículo 51 ley 15.057 (Bs. As.)
- Artículo 95 ley 5315 y artículos 465 y 466 del Código Procesal Civil de Entre Ríos
- Artículo 43 y 47 ley 1504 (Río Negro)
- Artículo 95 ley 7.945 (Santa Fe)
- Artículo 42 ley Nº 7.987 (Córdoba)

14.4) Pericial informática:

En este punto, resultará crucial la formulación correcta de los puntos y tener especial atención a si resulta necesario peticionarlo como prueba anticipada, o por el contrario si se puede producir dentro de la etapa probatoria sin más recaudos. Es importante para los operadores judiciales conocer las pautas con las que se considera apropiado trabajar en este tipo de prueba por parte de quienes utilizan y manejan sistemas de información.

Diversos textos de informática forense coinciden en que se requieren los siguientes pasos:

- 1- Adquisición; implica que el profesional deberá cerciorarse que va a obtener material para peritar de fuentes ciertas, genuinas y sin alterar.
- 2-Preservación; implica garantizar la fidelidad de la información colectada, desde la adquisición hasta la obtención de los datos buscados.
- 3-Obtención, implica la posibilidad de recuperar los datos buscados, probablemente controvertidos entre las partes, dentro de los elementos adquiridos para ser peritados
- 4-Presentación. Implica la labor del profesional de traducir los datos obtenidos, muchas veces en lenguaje técnico, en datos comprensibles y legibles para cualquier persona que sea ajena a la materia.

En estos supuestos, los puntos de pericia requeridos por las partes deberán apuntar a determinar cuáles fueron los medios magnéticos examinados, cual fue la plataforma empleada para obtención de evidencia y una explicación sucinta del procedimiento técnico realizado²³. A posteriori detallar el nombre del archivo en el que se destinó el material a analizar, cual resulta ser su código HASH, y determinar todos los datos que resulten relevantes para determinar la veracidad del email. Para ello se recomienda detallar remitente, destinatario, encabezado, horario de la comunicación, horario interno de la computadora al momento de la extracción.

En cuanto a la normativa aplicable se ha consultado la siguiente:

- Artículo 91 ley 18345 Nacional
- Artículos 44 a 46 ley 15.057 (Bs. As.)
- Artículo 89 ley 5315 y artículos 445 y 464 del Código Procesal Civil de Entre Ríos
- Artículo 45 ley 1504 (Río Negro)
- Artículos 76 a 83 ley 7.945 (Santa Fe)

²³ Molina Quiroga, Eduardo "La prueba pericial en materia informática" publicado en Revista de Derecho Procesal 2012-2. Editorial Rubinzal Culzoni

- Artículo 40 ley Nº 7.987 (Córdoba)

14.5) Prueba Mixta:

Conforme las herramientas procesales existentes, y dependiendo de la provincia que se trate, si tenemos un correo electrónico lo suficientemente trascendente para definir el resultado de la causa en que toca intervenir al abogado de parte, deberá pensar y plantear siempre en prueba compleja y mixta para acreditar dicho email.

Rara vez la parte, y mucho menos el trabajador, podrá acompañar un correo electrónico impreso, en el que se encuentre debidamente certificado el sistema de extracción, mediante una constatación realizada en Instrumento Público, en el que se detalle la intervención de un profesional informático y el procedimiento utilizado.

Además al momento de analizar la prueba a solicitar, resultará relevante determinar si son casillas administradas desde una red interna, o por el contrario se trata de los clásicos Webmail como Yahoo, Hotmail, Gmail, entre otros. La diferencia radicará en la cantidad de información que se almacene y la vulnerabilidad o no de dichos sistemas.

Esto implica que deberá recurrir a prueba mixta, acompañando en simple impresión el email en cuestión y pidiendo sobre él, si tiene acceso, prueba pericial informática para validar el contenido (fundamentalmente lo que se conoce como encabezado completo, que detalla fechas de envío, recepción y contenido del mail). Esto siempre y cuando busquemos validar el contenido, pero no haya duda de la autoría. En su caso, si lo que hace falta es determinar la autoría, y se trata de un correo corporativo cuya extensión termine en ".ar", se podrá remitir un pedido de informes a NIC Argentina, quien nos detallará que empresa o persona física tiene registrada dicho sitio web. También se puede solicitar prueba de informes a las distintas empresas prestatarias del servicio de hosting nacional, buscando con ello establecer la titularidad del dominio utilizado.

Finalmente un procedimiento mucho más complejo en términos probatorios será tratar de determinar el domicilio físico del que salió determinado correo, ya que necesariamente requerirá detectar la IP (dirección virtual asignada a una dirección física²⁴) que en ese día y hora estuvo asignada al lugar desde donde el mail fue remitido. Ello no necesariamente dará con el autor del contenido, ya que podríamos estar en presencia de una red de WIFI pública o de un locutorio que provee el servicio de Internet.

Todo ello partiendo del desconocimiento que haga en el proceso (al contestar la

²⁴ Una dirección IP es un número que identifica a una Interfaz en red (de manera lógica y jerárquica) de un dispositivo (por ejemplo computadora o smartphone) que utilice el protocolo IP (Internet Protocol). La dirección IP puede cambiar muy a menudo por cambios en la red o porque el dispositivo encargado dentro de la red de asignar las direcciones IP decida asignar otra IP (por ejemplo, con el protocolo DHCP). A esta forma de asignación de dirección se denomina IP dinámica. Los sitios de Internet que por su naturaleza necesitan estar permanentemente conectados generalmente tienen una dirección IP fija (o IP estática). Esta no cambia con el tiempo. Los servidores de correo, DNS, FTP públicos y servidores de páginas web necesariamente deben contar con una dirección IP fija o estática, ya que de esta forma se permite su localización en la red. Los dispositivos se conectan entre sí mediante sus respectivas direcciones IP (pero no se utiliza el número por ser poco amigable, ya que para las personas resulta más sencillo recordar un nombre de dominio que los números de la dirección IP)

demanda o al contestar el segundo traslado) la parte a quien se imputa el contenido del correo.

15) CONCLUSIONES:

1. En 1989 casi no existían empresas de software dentro de los primeros diez puestos en términos de valor de las marcas, treinta años después (en el 2019) esos diez primeros puestos están ocupados exclusivamente por dichas empresas. El futuro es digital, y los medios de prueba tradicionales deberán receptar las fuentes de prueba digitales, porque indudablemente serán las que predominen, o quizás únicas que queden.
2. Como operadores no podemos seguir forzando a las partes a conseguir evidencia que casi no existe. ¿Le vamos a seguir pidiendo correspondencia en papel a las partes, cuando ésta ya no exista? No, claramente el sistema judicial deberá encontrar la forma de habilitar y normalizar el email (y toda la evidencia digital existente)
3. La prueba que dominará el proceso de determinación de un correo electrónico dentro de un proceso laboral será la pericial informática. La misma debiera ser solicitada como medida preliminar²⁵ en el caso que se trate de registros que no se encuentren en poder del trabajador, ya que la información es fácilmente alterable, o aun más grave, suprimible de los registros de quien posea acceso a los servidores.
4. En lenguaje binario todo es reducible a "1" y a "0". Con lo cual más allá del medio analizable todos los sistemas parten de una misma base común. Por ello muchas de las pautas que aquí utilizamos para el correo electrónico, en mayor o menor medida se pueden extender a la mensajería instantánea, a los mensajes directos en redes sociales, al posteo en foros (y a casi cualquier información que tenga base digital)
5. En nuestro país, producto del sistema impuesto por la ley 25506 de firma digital, para considerar firmado un documento digital, incluso un mail, se debe contar con un certificado valido y vigente, emitido por una persona jurídica autorizada por el estado para ello. Todo documento no firmado, o firmado electrónicamente, en principio tiene el mismo tratamiento.
6. Los correos electrónicos más usados generalmente se pueden considerar como documentos digitales firmados electrónicamente, ya que cuentan en su mayoría con pautas suficientes para considerarlos firmados²⁶
7. Tomo postura por la equiparación del email con la correspondencia tradicional, no por considerar que son iguales, sino por entender que merecen la misma protección. Ello implica sostener la inviolabilidad de la correspondencia digital, y por ende la imposibilidad de incorporarla en un proceso sin el consentimiento de emisor o del receptor. Esto último, claro está, en tanto y en cuanto no se trate de emails intercambiados entre las partes en litigio. En este caso no puede valerse de la pretendida confidencialidad para abstraerse de su obligación de cooperar con la

²⁵ Se reiteran los fallos "Levin, Ricardo Javier vs. Taraborelli Automobile S.A. s. Diligencia preliminar", de la CNAT, Sala IX; fechado el 24-05-2012 rechazando la medida preliminar y "Powell, Hugo Francisco vs. Willis Corredores de Reaseguros S.A. y otro s. Diligencia preliminar", de la CNAT, Sala X; fechado el 28-06-2012; RC J 7522/12 aceptando la procedencia de la misma.

²⁶ BENDER, Agustín. "Validez Probatoria del correo electrónico en la jurisprudencia y en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" publicado en eldial.com del 10/4/2013 (referencia CD1A33)

búsqueda de la verdad material.

8. Resulta a todas luces necesario actualizar la normativa sobre medios digitales y correo electrónico. En particular todas las leyes procesales existentes en la mayoría de las provincias, que producto de su antigüedad no contemplan las nuevas fuentes de prueba.
9. El email, es considerado una herramienta de trabajo, y por lo tanto el empleador define las pautas de utilización. No obstante, para que éstas le sean oponibles al trabajador le deben ser comunicadas fehacientemente. La falta de comunicación al dependiente establece una expectativa de privacidad susceptible de ser vulnerada e indemnizada.
10. Todo control establecido al Correo Electrónico debe ser automático y no discriminatorio.
11. La jurisprudencia viene lejos en el establecimiento de criterios uniformes. Claro que además de la casuística que afecta al tema, se adiciona el problema del desconocimiento. Esta falta de capacitación se observa en todos los niveles, por ejemplo en los abogados de parte para definir la incorporación de estos medios de prueba, y en los integrantes del poder judicial para valorarlo correctamente.
12. Por lo dicho en el punto anterior todos los operadores del sistema judicial debemos actualizarnos en el uso y particularidades de las herramientas digitales.
13. El sistema de presunciones adoptado por el artículo 48 de la ley 15.057 resulta un modelo de sistema a emular.
14. El sistema de cargas dinámicos probatorios debe ser tomado en cuenta cuando se trata de servidores en poder de una de las partes (en general en poder del empleador).
15. No hay un único sistema para transformar en medio de prueba al correo electrónico. Dependerá de la casuística, y de los elementos en poder de quien pretende hacer valer una comunicación digital.
16. En líneas generales el email acompañado por una parte y negado por la contraria necesitará ser acreditado por varios medios de prueba, entre las que contamos la instrumental, el reconocimiento judicial y la pericial informática como principales (que deberán actuar de manera conjunta e interrelacionada)

16) GLOSARIO

En previos trabajos²⁷, y con la colaboración de otros colegas, hemos desarrollado y utilizado un glosario, cuya información puede resultar útil al lector que no se encuentre familiarizado con alguno de los conceptos utilizados en el presente artículo. Por ese motivo se transcribe el mismo con algunos agregados y correcciones menores respecto de su publicación original:

"HARDWARE": Soporte físico. Hace referencia directa a los equipos con los que se procesa información. Los ejemplos cotidianos nos rodean. Algunos son autosuficientes en el sentido que no requieren de hardware adicional para funcionar correctamente, como por ejemplo el Teléfono inteligente o las computadoras portátiles, mientras que otros requieren de *hardware* periférico como por ejemplo la computadora personal de escritorio, que requiere de un monitor, un teclado, un

²⁷ MONTENEGRO, Gustavo; BES, Damián y PODESTÁ Ariel en artículo titulado "BIGDATA, relaciones laborales y principio protectorio", publicado en la Revista "El Derecho" en las ediciones del 27 y 28 de septiembre de 2018

mouse, algún sistema de audio para poder operar correctamente.

"SOFTWARE": Soporte lógico. Nos referimos a los programas digitales/informáticos que permiten al *hardware* funcionar como primera medida. Los más conocidos son los sistemas operativos (ej.: Linux, Windows, OS, etc.). Pero la utilidad del software no se limita al funcionamiento, sino que también se trata del medio con el que el usuario va a interactuar, y mediante el cual satisfecerá la necesidad concreta que tiene. Los ejemplos son múltiples, y van desde procesar texto, (ej. Word), dibujo (Corel), bases de datos (Acces), planillas de cálculo (Excel), etc. Vale aclarar que distintos tipos de *hardware* (teléfono inteligente y PC), pueden compartir el mismo *software* de base (por ejemplo, Android) o sus respectivas adaptaciones.

"INFORMACIÓN": Nos referimos a todo lo que se encuentra incorporado, procesado y almacenado mediante el *software* y el *hardware*. Los ejemplos son múltiples, y van desde el texto incorporado en un correo electrónico, hasta una foto digital. Es la materia prima de los gigantes de Internet, y bien podría estar almacenada en papel (como el ser humano hizo hasta mediados del siglo XX). Justamente la proliferación de INFORMACIÓN DIGITALIZADA, tuvo su explosión de interés y utilidad en los últimos diez años. En particular porque las Ciencias Sociales (ej., el Marketing, o la Economía) nunca contaron con tanta cantidad de datos para analizar, procesar y poder establecer predicciones de comportamiento humano. Dependiendo del equipo y del programa será más o menos difícil acceder.

"PERSONA FÍSICA, USUARIO E IDENTIDAD VIRTUAL": En este punto cabe hacer una aclaración. En el lenguaje "común" el término "usuario" hace referencia a la dupla "persona física" y su "identidad virtual" dentro de un sistema. Pero esto no es correcto. No necesariamente la relación será siempre de uno a uno, ni tampoco la identidad virtual representará en forma fidedigna a la persona. De allí surgen los conflictos de interpretación.

"Usuario", en informática, es una entidad lógica dentro de un sistema de computación, que puede ser utilizado por un número indeterminado de personas físicas o no. En el contexto de un sistema pueden existir usuarios virtuales que no representan ninguna persona física o, por el contrario, muchas de ellas que comparten una misma identidad virtual. Lo que, comúnmente se espera es que se respete la correlación "un usuario por persona física". Pero para eso hay que utilizar ciertos mecanismos que den esa garantía. Sin ella, es posible caer en una apreciación errónea donde se le atribuye a un individuo determinada actividad que no ha realizado.

En definitiva, la "persona física" habitualmente utiliza un "usuario" en un sistema, que es su "identidad virtual" en ese contexto. No obstante, en el lenguaje común, no especializado, y en el contexto de un sistema informático se suele tratar indistintamente usuario y persona.

Como se mencionó previamente, en orden a garantizar esta relación "usuario-persona física" es necesario resolver cuestiones tanto técnicas como legales. A nivel técnico el individuo que comienza a utilizar un sistema tomando la identidad virtual de un "usuario", debe pasar por dos procesos: identificación y autenticación.

Identificación es el proceso por el cual la persona dice quién es en el ámbito del

sistema (el usuario). Autenticación, por otra parte, es el proceso por el cual individuo acredita efectivamente que es quien dice ser²⁸.

Para ambos mecanismos (identificación y autenticación) existen diferentes tecnologías que los implementan. En cuanto a "identificación", el método más conocido es el ingreso del "nombre de usuario", pero existen otras variantes muy utilizadas como ser el uso de tarjeta magnética. Para "autenticar" un usuario existen también diversos modos de hacerlo. El más utilizado es el ingreso de una contraseña. Pero análogamente al caso anterior existen también otros modos, como ser el uso de huella digital, iris, rostro, etc. Si analizamos estos últimos, descubrimos que como mecanismos biométricos sirven tanto para identificar como para autenticar usuarios.

Es menester tener en cuenta que más allá de las diferencias entre las tecnologías utilizadas para reconocer la identidad virtual de una persona, en todas ellas existen vulnerabilidades que dependiendo de su implementación pueden dejar a un sistema más o menos expuesto a suplantaciones de identidad. Esto pone en riesgo la garantía de que se respete la correlación persona-usuario.

A nivel legal cada individuo en una organización bien podría comprometerse, a través de los instrumentos jurídicos correspondientes, a no compartir sus credenciales de acceso a determinados sistemas. De ese modo y con el sustento tecnológico correcto sería posible atribuir la actividad de un "usuario" a una "persona física". De todas maneras, cada caso es particular y ante un conflicto se debe analizar en profundidad el entorno informático del mismo.

"DATOS PERSONALES": Todos aquellos datos que nos identifican como individuos, y que permiten individualizar a un Usuario. Desde el nombre y apellido, hasta la imagen, pasando por cualquier dato que de ser vulnerado perjudique nuestro derecho a la intimidad²⁹.

"ALGORITMO": Secuencia finita y ordenada de pasos cuyo objetivo es resolver un problema. Cuando se menciona, se hace referencia a un conjunto ordenado de operaciones sistemáticas que permite mediante algún cálculo, hallar la solución de un tipo de problema.

²⁸TANENBAUM, Andrew S., *Sistemas Operativos Modernos*, Ed. Pearson Prentice Hall, 3ª Edición - ISBN: 978-607-442-046-3.

²⁹ Un estudio profundo de la cuestión puede verse en TRAVIESO, Juan Antonio, *Régimen jurídico de los datos personales*, Ed. La Ley, Bs. As., 2014.