

“Prueba Digital y su inclusión en el procedimiento laboral”

Por Enrique Damián Bes¹

Síntesis y Objetivos del presente trabajo.

El objetivo del presente artículo es analizar los problemas vinculados con la transformación en **medios de prueba** válidos de las numerosas **fuentes de prueba** de origen digital y/o electrónico que circulan en la vida cotidiana.

Busqué quitar del presente trabajo el adjetivo “novedoso” de elementos que llevan años instalados en nuestra sociedad, como lo son los correos electrónicos, las redes sociales, los mensajes de texto clásicos, los sistemas de mensajería instantánea (en toda su amplia gama de variedades), las páginas Web, los documentos digitales, entre muchos otros. Yo mismo utilicé dicha calificación a conciencia que en el único lugar DE TODA la sociedad en que se consideraban una novedad, era dentro del Poder Judicial, en general, y dentro del Proceso Laboral en particular.

El Derecho Laboral, se constituyó en pionero a la hora de ofrecer las primeras soluciones en numerosos temas, por ser, sin ninguna duda la que más rápido se cruza con los problemas de la mayor cantidad de ciudadanos. Pero en lo digital, aún no ha sido posible sistematizar desde la legislación (o desde la jurisprudencia) pautas y reglas claras que le permitan a ambas partes demostrar la verdad material dentro del proceso con los elementos que cuentan para ello.

De allí surgen las evidentes limitaciones a todos los actores del proceso laboral (partes, letrados y magistrados) existentes partiendo de la legislación existente (tanto en la provincia de Bs. As. como en la Nación). Los abogados como primer filtro descalificamos toda fuente de prueba que nos resulte compleja ingresar al proceso, y de esa manera vamos “filtrando” casos. Luego el poder judicial, al momento de abrir a prueba o de valorar la producida efectúa el segundo filtro.

Es innegable que en la vida diaria, el impacto de las nuevas formas de comunicación que nos trae la tecnología, remodeló por completo las relaciones humanas; y las relaciones laborales no pueden escapar a ello.

Pasada la observación me he detenido a buscar algunas propuestas y caminos posibles con la legislación existente.

Finalmente se proponen algunas modificaciones legislativas.

En anteriores estudios y aproximaciones del tema que he realizado, y que han servido en gran parte como base del presente, se puede profundizar sobre el particular²

¹ Abogado especialista en Derecho Laboral, autor de publicaciones en revistas especializadas, docente de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho en Contratos (Civil 3) desde el año 2006, y coordinador académico del Instituto Derecho Laboral del Colegio de Abogados de Mar del Plata.

² Ver “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 artículos fueron publicados por la Revista de Derecho Laboral – Actualidad en sus ediciones del 2008-2 y 2014-2 respectivamente, y el segundo de ellos es el que sirve de base para la presente.

1.1 – Conceptos básicos:

El abogado litigante, en la actualidad, tiene habitual y cotidianamente dentro de todas sus consultas alguna referencia a prueba digital. Será el profesional quien determinará que elementos utilizará de los que el cliente le proporciona sopesando la relación costo beneficio de introducir prueba que de antemano implicará una demora en el proceso y un incierto resultado a la hora de acreditar hechos que a la parte y al cliente le constan como “verdades”.

Las leyes de procedimiento poco y nada contienen al respecto cuando se reciben consultas que implican negativas de tareas efectuadas a través de mensajes de texto; o Injurias graves de una parte a la otra efectuadas por redes sociales; relaciones laborales deficientemente registradas (o sin ningún tipo de registración) cuyos extremos serían fácilmente determinables si tuviésemos las herramientas legales para evidenciar comunicaciones vía “Watsapp” (o al menos conociéramos las posibilidades que hay con las herramientas procesales existentes).

Determinar la autoría de “documentos” virtuales es hoy un problema complejo en el que al desconocimiento de los operadores del derecho sobre el tema se le suma la dificultad que hay para unificar el lenguaje entre quienes preguntan (abogados) y quienes deben responder (peritos)

Los operadores del derecho NO DEBEMOS seguir dando las miradas tradicionales, porque éste es un fenómeno que llegó para quedarse y cada vez será más difícil (para ambas partes) acreditar algo con los clásicos medios de prueba (podremos seguir pidiendo papeles o testigos, pero cada vez tendremos más mails o documentos virtuales).

Si no brindamos las soluciones que la sociedad necesita, y nos atamos a viejos sistema probatorios, no cumplimos la función para la que existimos en la búsqueda y construcción de una sociedad más justa e igualitaria.

1.2 – Unificando lenguaje

Inicialmente existen definiciones mínimas que debemos manejar los operadores del derecho. La primer diferencia a determinar es entre hardware (soporte físico, por ejemplo una PC o un Teléfono inteligente) y software (soporte lógico, por ejemplo el programa Word). Si bien no son lo mismo un teléfono y una computadora en cuanto a hardware, pueden compartir software (por ejemplo Android).

A través de estos (hardware y software) se procesará información que se encuentra almacenada (por ejemplo el texto incorporado en un correo electrónico enviado, en donde la trabajadora indica su estado de gravidez), y que seguramente será la que pretendemos validar o acreditar en juicio. Dependiendo del equipo y del programa será más o menos difícil acceder. Aún conseguida esta información nos encontraremos con que deberemos determinar la identidad del usuario, o sea la persona física que redactó dicha información y poder asimilarlo a una identidad virtual (por ejemplo poder relacionar el autor humano de un email, con un determinado usuario de cuenta de correo).

La ley 25.506 del 2001 y el decreto 2628/2002, que se ocupan de regular todo lo concerniente con la FIRMA DIGITAL, contienen definiciones que sugiero leer a todo aquel que tenga que abordar desde algún punto esta problemática (de hecho el decreto mencionado contiene un “Glosario”).

Los previamente mencionados conceptos de “fuente de prueba” y de “medios de prueba” pertenecen a la rama de estudio del Derecho procesal.

Mientras que la “fuente” determina aquello que existe en la realidad, independientemente de la existencia de un proceso; el “medio” es un concepto que se explica como aquellas fuentes de prueba que se logran introducir eficazmente dentro del proceso. La primera (FUENTE) carecerá de consecuencias jurídicas en tanto no se la pueda convertir en la segunda (MEDIO). Como se mencionó la prueba digital es abundante y numerosa como fuente, pero escasa como medio.

El principal motivo es la falta de normativa procesal laboral que contenga estos elementos. También esta problemática se repita por la propia velocidad en la que la tecnología varía en comparación al derecho. Finalmente no se puede soslayar que existe una importante falta de conocimiento de los actores del sistema.-

1.3 – Algunas soluciones dadas en el derecho comparado.

No pretendo con el presente abarcar el complejo análisis que existe de la legislación comparada, ya que claramente existen brechas digitales muy importantes entre los países del mundo.

Pero lo que sí me parece útil es extraer distintas experiencias que en el mundo han generado avances sobre ésta temática.

1.3.1.-

Francia, país que históricamente revalida la jornada máxima de 35 horas semanales, desde el mes de abril de 2014 arribó a un acuerdo entre dos grandes sindicatos, (la Confederación Francesa Democrática del Trabajo CFDT y la Confederación Francesa de Cuadros Directivos CFE-CGC), y dos patronales del sector de asesoría técnica, ingeniería, servicios informáticos, recursos humanos y consultoría para intentar poner fin a la jornada interminable de los trabajadores producto de los “ciber” requerimientos patronales. Para ello se incluye legislación de fondo que obliga a los empleadores a dar al menos 11 horas de descanso informático; o sea dejar a los trabajadores libres de mails y comunicaciones laborales; habilitándolos para apagar smartphones y computadoras portátiles a partir de las 18 horas. Esta cuestión de fondo, que parece muy lejana en nuestra legislación, ya posee un antecedente doctrinario, que la Conclusión Décima efectuada por el “XVI Encuentro del Foro Permanente de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires” donde se dijo que: *“Señalamos nuestra preocupación por la intromisión en la vida personal y períodos de descanso del trabajador que posibilitan las nuevas tecnologías.”*³

En lo que este trabajo pretende analizar, es como han hecho para resolver la cuestión probatoria de esta obligación “de fondo”. Hasta el momento optaron por la clara inversión de la carga probatoria, poniendo en cabeza de los empleadores demostrar el debido cumplimiento normativo.

España cuenta con dos leyes (34 de 2002 y 25 de 2007) que admiten los documentos electrónicos y que a su vez generan la obligación inicialmente de conservar los “datos de tráfico” hasta doce meses.

Colombia ha dictado la ley 527 de 1999 que conceptualiza y establece forma de acreditar los documentos electrónicos⁴

En cuanto a las comunicaciones vertidas por Internet (amenazas, comunicaciones, etc.), existen en Estados Unidos numerosos precedentes en donde **los jueces establecen que la dirección de IP (ver más adelante) no equivale a una persona** (lo mismo ha hecho

³ Indirectamente relacionado se encuentra el trabajo de la Dra. Díaz, Viviana Laura, titulado “La tecnología: una herramienta de prevención o un medio de mayor hostigamiento laboral”; publicado por la Revista Derecho laboral de Rubinzel Culzoni (2009-1)

⁴ Leonardo Alfredo Lubel “La prueba pericial y otros medios de prueba en materia de correo electrónico” publicado por “Revista de derecho Procesal” 2012-2. Rubinzel Culzoni

España). Y es una postura por demás acertada, ya que si bien dicha “dirección virtual” que poseen todos los equipos conectados a Internet, es determinable, ese simple hecho (que fue escrita desde una IP determinada), por sí solo, podría ser insuficiente para imputársela a una persona, ya que podría ser cualquier usuario de ese hogar o espacio laboral, o también un hacker quien irrumpió en dicha conexión y la utiliza como lugar de salida.

En nuestro país lo complejo de la situación es que las propias empresas al día de hoy, ni siquiera están obligadas a preservar la prueba digital, ya que no existen parámetros claros sobre tiempos y modos de preservación, como tampoco consecuencias a la reticencia a exhibir y demostrar la misma; cuando sí se las obliga a preservar los libros “papel” de comercio. Este dato no es menor, ya que llegar tarde o no lograr garantizar la indemnidad de archivos virtuales es el equivalente a PERDER la prueba informática que pudiese existir.-

2 – El rol de los jueces.

2.1 – Sistemas de apreciación de la prueba.

A modo de simplificación del tema, y por la importancia que tiene el sistema de valoración de la prueba, diré que los cuatro sistemas existentes son: Sana Critica; Prueba Tasada; Libres convicciones o íntima convicción y **Apreciación en conciencia. Nuestra ley provincial 11653 adopta este último.**

La diferencia sustancial entre estos tipos de procedimientos valorativos es la libertad del magistrado a la hora de formar convicción y luego en qué forma deberá expresarse en sus fallos.

El primero de ellos, la sana critica, observamos que *la ley no impone normas generales para determinar los hechos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja en libertad al juzgador para admitir todo tipo de prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología, y de la experiencia común* (Ej.: 384 del CPCCBA.)

El otro lado de la moneda es la prueba tasada, en donde no existe valoración alguna, pues ella fue dada por el legislador de manera anticipada. En la vía laboral podemos encontrar algunos casos de prueba tasada como puede ser la confesión expresa (art. 34, ley 11653 sumado al 421 del CPCCBA)

El sistema de libres convicciones supone un grado de convencimiento tal que impide todo tipo de dudas, aplicado principalmente en los juicios por jurados populares, que sin estar condicionados por formación jurídica previa desarrollan una actividad con predominante sentido moral.

Finalmente la “*Apreciación en conciencia*”, vigente en el fuero laboral de la Provincia de Bs. As. y plasmado en el artículo 44 inciso “d” de la ley 11653. Ingresó al sistema laboral provincial en el año 1947 a través de la ley 5178 y permite “*a los magistrados a seleccionar y jerarquizar los medios probatorios*”⁵. Esto implica que en sus sentencias se les permita una libre selección, de que elementos de prueba fueron mas contundentes, y tiene su fundamento en la oralidad del propio proceso, pues son los magistrados quienes por sus sentidos, “vivieron” la producción de la prueba como protagonistas activos del litigio, jerarquizando “a conciencia” cada una de ellas. Claro que no se le permite al juez

⁵ Numerosos precedentes en este sentido: SCBA L34593 S 24-9-1985; SCBA, 18/8/92 Causa 48093 AS 1992-III-133; SCBA 12/3/96, causa 57860 LLBA, 1996-570; L77981 S11-05-2005.

validar su planteo mediante hechos que no estén probados en la causa, o a través de su intuición.

Esto se vuelve fundamental, ya que se trata de Tribunales de instancia única, en donde por vía recursiva es imposible volver a tratar cuestiones de prueba.

A modo de adelanto; la primera conclusión que debo señalar es que resulta necesaria la actualización y formación de conocimiento en los Magistrados, ya que por el sistema vigente – APRECIACION EN CONCIENCIA - se corre el riesgo de que éstos descarten prueba determinante para la formación de su convicción, por el simple hecho de no conocer el funcionamiento básico de las nuevas tecnologías.

Como ha expresado la Dra. Ferreiros, este sistema requiere que los jueces tengan condiciones especiales *“sobre todo, sinceridad, prudencia y acabada formación”*

Nuestra jurisprudencia se expresó en ese sentido diciendo: *“Los jueces de trabajo no están obligados a referirse necesariamente a todos los elementos de juicio que propongan las partes a su consideración, sino únicamente a los que a su criterio fueren decisivos para dictar el fallo, pues al prevalecer la apreciación en conciencia los magistrados están autorizados a seleccionar y jerarquizar las fuentes y medios probatorios, pudiendo preferir unos elementos de tal naturaleza a otros, sin que su opinión pueda revisarse en la instancia extraordinaria, si no se demuestra el absurdo.”*⁶.

Como podemos observar no se trata de un sistema de libres convicciones, sin fundamento. Debe permitirle al lector del fallo comprender (que no es lo mismo que compartir) el razonamiento que lo lleva a tomar la decisión. Fundando en un orden lógico en que se sustentó para arribar a la misma.

La jurisprudencia ha dicho que: *“No cumple con el 44 inciso “D” el veredicto del tribunal del trabajo que se limita a enunciar la prueba acumulada, sin extraer conclusiones claras sobre las circunstancias fácticas controvertidas y omite correlacionar los distintos medios probatorios que debieron ser motivo de análisis e interrelación, sin advertir que apreciar es valorar y comparar para decidir.”*⁷

A todo esto, por la propia remisión efectuada por el artículo 63 de la 11653 debemos aplicar supletoriamente las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Por este motivo es que resulta de suma importancia para la prueba informática la aplicación del artículo 376 del CPCCBA que dice *“...Los medios de prueba no previstos se diligenciarán aplicando por analogía las disposiciones de los que sean semejantes, o en su defecto, en la forma que establezca el juez”*. Es decir que se remite y se aplica supletoriamente el CPCCBA

2.2 – Sentencias y resoluciones que se han involucrado en el tema:

Por todos los motivos reseñados, resulta complejo que se encuentren precedentes en la materia. Y no es un tema de mayor o menor compromiso, sino que principalmente juega es desconocimiento como factor disuasivo de incluir en la valoración judicial elementos no tradicionales.

2.2.1-

Resulta saludable observar posturas que se expresen concretamente sobre la materia cuando la rechazan; como se observa en **“Ledesma Walter Javier c/Interjuegos S.A. s/despido”**. Causa 30.439/2012, fallo de la CNAT, Sala III, del 27/11/2013, donde en el Voto de la Dra. Diana Cañals surge el rechazo a un despido causado, fundado en lo que se observaba en un video de seguridad, diciendo que: *“Resalto que el valor probatorio por*

⁶ (SCBA LSCBA L92944 S 27-3-2008; SCBA L91059 S 14-5-2008)

⁷ (SCBA L 34413 S 17-9-1985)

medios informáticos, grabaciones y audiovisuales en general, no se ha asentado lo bastante como para contar con pautas claras... ...De todos modos, en hipótesis... ...en donde no contamos con ningún factor externo a la empleadora, que permita tener por seguro que no pudo mediar una adulteración, el “CD” tiene valor indiciario exclusivamente... ...Más como no fue acompañado por ninguna otra prueba, no es suficiente para formar convicción”

Ahora, cuando se investiga la verdad material, es válido que los magistrados utilicen estos elementos DIGITALES, que son de acceso público, y de los que, muchas veces, las partes se sirven para promocionar (y/o directamente comercializar) sus productos y servicios.

2.2.2-

En materia probatoria suele ser difícil establecer reglas únicas, resulta atendible la postura tomada en la causa **“Viloria Myriam Analía c/ Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/ despido.”** de la CNAT, Sala VII, del 11-jul-07 donde con votos de los Dres. Brunego, Ruiz Días y Ferreiros se valida despido con justa causa del empleado que enviaba correos electrónicos con información confidencial de la empresa a otra competidora diciendo: *“El proceder de la dadora de trabajo respecto de cotejar los registros y constancias de la información que contenía el servidor de la empresa, en la cual -al menos en lo esperable- no debía ser del ámbito personal de la actora sino perteneciente a la firma, mediante una inspección limitada prudentemente a verificar las comunicaciones dirigidas por parte de la trabajadora a otra empresa competidora -se advierte en el acta que de los 940 correos enviados por la actora se procedió a la selección de aquéllos 35 enviados al dominio de la firma competidora), dejó perfectamente salvaguardada su intimidad, sin que por ello se hubiera menoscabado su esfera más íntima ni tampoco violado su correspondencia personal”*

En similar línea se puede observar lo reseñado en lo resuelto por la CNAT, sala VIII, con fecha 10-12-2007, en los autos caratulados "Vidal, Gustavo Sergio c/Microstar SA s/Ley 14.546" (aunque el medio virtual utilizado en este caso era un chat de mensajería instantánea, “messenger”)

2.2.3-

Un claro ejemplo de utilización de medios virtuales, lo observe en la causa **“López Héctor Miguel c/El Porteño Apartments Ltda. y otro s/Despido”** fallo de la CNAT, Sala VI; del 28/02/2013; donde resultaba un hecho controvertido el carácter de hotel de cinco estrellas o cuatro estrellas del lugar de prestación de tareas. Resultaba sumamente relevante determinar este hecho, ya que una mayor categoría del establecimiento implicaba un mayor salario básico por aplicación del artículo 93 del CCT 362/2003. Finalmente se determinó que se trataba de un Hotel de 5 estrellas y para ello el magistrado preopinante, el Dr. Luis Raffaghelli, remite a la propia página web del Hotel, en donde se destaca que cuenta con instalaciones en Buenos Aires y en Miami; y sostiene que se ofrece como un establecimiento “5 estrellas” en sitios Web, administrados por terceros ajenos a las partes y que se nutren de información suministrada por el propio demandado como “Despegar.com”; “Booking.com” y “Venere.com”. Logró establecer estas conclusiones simplemente sentándose en una PC y observando por sus propios medios hechos que existen independientemente de un conflicto judicial o no, o sea FUENTES DE PRUEBA.

2.2.4-

Por último, y si bien no se trata de un tema de prueba ofrecido por las partes, en la misma línea de que el magistrado investiga por sus propios medios, resulta dable señalar la

causa **“Villalobos Miguel Ángel c/Cesar Raúl Alberto S/Despido”**. Expediente N° 57593. Del Tribunal del Trabajo N°1 de Mar del Plata, con Voto Dr. Casas. El mencionado magistrado buscaba informarse de cuál era la tasa pasiva, por \$1.000 a 30 días que abonaba el banco provincia, y compararla con la indicada por la SCJBA en su pagina Web. Ante la falta de respuesta de los oficios enviados, decidió confeccionar un Plazo Fijo de su propia cuenta, por esa suma por el Sistema ofrecido por la entidad bancaria a través de los cajeros automáticos y logró determinar que existe una Tasa Pasiva sumamente superior a la que se venía aplicando. De las partes que interesan a este trabajo cito:

“...En el Banco Provincia de Buenos Aires los depósitos a plazo fijo se pueden realizar de 2 formas: 1) Presencial (concurriendo al Banco), 2) Digital. Iniciado ya hace algunos años como Banca Electrónica Banco Provincia (ver BAPRO lanza Banca Electrónica, diario La Autentica Defensa, Campana, 14/8/2008, www.laautenticadefensa.net/56999) y que tomo mayor impulso a partir del 20/11/2009 (El Banco Provincia Presento su nuevo Home Banking (www.bancoprovincia.com.ar) y Diario La Nación, Sección Economía, Pág.8), sistema que se consolido a partir de Febrero de 2012 con el lanzamiento como Banca Internet Provincia (BIP) (www.BIP.gov.ar). El sistema permite realizar los depósitos a plazo fijo desde una computadora mediante internet (BIP) o desde un Cajero Automático (CAT). En ambos (BIP o CAT) se ofrece idénticos servicios de inversión en Plazo Fijo Tradicional, Cancelación Anticipada y Plazo fijo ajustable por CER y la mismas tasas de interés para cada opción que refiero Infra (ver www.BIP-Banca Personal- Banco Provincia). También he podido verificar, por haber realizado personalmente una consulta mediante el cajero automático (CAT) de la Suc.6102 Tribunales Mar del Plata (cajero 5458), operando directamente de mi cuenta sueldo para realizar un Plazo Fijo Digital, utilizando la opción "CONSULTA SOBRE PLAZOS FIJOS" la cual genera la ventana "PLAZOS Y TASAS" donde aparecen 5 opciones... Como se aprecia de las diferentes opciones digitales... Y también he podido constatar, por haber realizado personalmente una operación por Banca Internet BIP mediante el cajero automático nro 5458 (CAT) de la Suc. Tribunales Mar del Plata (6102), directamente desde mi cuenta sueldo, depositando en la opción "Plazo Fijo Tradicional" (digital) a 30 días la suma de \$ 1.000 que la tasa pasiva ascendió a 23,75 % nominal anual transacción nro 5745, certificado 00509271/0 del 21/05/14 (adjunto fotocopia del comprobante certificado por el Prosecretario). El magistrado determinó con su accionar algo que toda la sociedad sabía. Que los plazos fijos se captan por parte de las entidades financieras a tasas más altas que las indicadas como referencia y lo logró con la utilización directa de los medios virtuales.

Como vemos en los ejemplos precitados esta distorsión / manipulación de datos solo se rompe con una actitud proactiva por parte de la judicatura.

2.2.5

La intervención del profesional en sistemas informáticos, tiene el mismo peso que el de cualquier otro dictamen. No resulta vinculante, pero si debe existir alguna fundamentación para apartarse. En la causa **“Antoniazzi, Mauro Gabriel vs. Minera Santa Cruz S.A. s. Despido”**, de la CNAT, Sala II, fechado el 29/08/2013⁸ en donde se observa como necesario responder a la identidad y a la integridad del material digital. Se transcriben en el fallo las expresiones del perito *“...para determinar un correo electrónico es de la persona de quien dice ser, autenticidad, es necesario firmarlo digitalmente; ello da al destinatario seguridad de que el mensaje fue creado por el remitente y que no fue alterado durante la transmisión. El correo analizado no lleva la firma digital del actor... ..el*

⁸ RC J 17289/13

correo electrónico objeto de peritaje es factible de manipulación/alteración por una persona entendida en el tema si no se cuenta, como sucede con la demandada, con el log del servidor que permita cruzar los datos del correo electrónico con los datos del servidor. Los archivos adjuntados al correo electrónico en examen guarda una serie de metadatos que pueden informar más acerca de la veracidad del archivo, los que son fácilmente manipulables. Por lo cual no es posible comprobar la autenticidad, integridad ni veracidad del correo, ya que existe la posibilidad informática de alterar el contenido de un correo electrónico, su header y sus archivos adjuntos... ..lo relativo al documento de PDF que contiene una cotización de monitores profesionales y el documento Excel según el e mail que se atribuye enviara al actor tampoco ha sido objeto de eficaz demostración. Digo ello porque está demostrado que el mail partió de la pc del actor, pero quien lo enviara es un dato no acreditado en autos..."

2.2.6

En los autos caratulados: **“Segura, Jimena vs. Banco Columbia S.A. s. Despido”**, de la CNAT, Sala IV, del 31/07/2013, los magistrados votantes hacen lugar a la diferencia de registración, remarcando que si bien no son instrumentos privados, para su existencia requieren de la propia intervención del demandado, por ser casillas corporativas. De esta manera hacen lugar a la pretensión del trabajador diciendo que:

“Los instrumentos obrantes en el sobre reservado bajo el número 992 identificados con los números de fojas 109 a 118 resultan ser correos electrónicos (email) enviados a la actora. Al respecto cabe destacar que para que la Sra. Segura tenga una dirección de correo electrónico cuyo dominio sea "Columbia_Financiera" o "Columbia.com.ar" debió ser oportunamente creada por personal especializado en sistemas, ya sea dependiente de la empresa accionada o contratado para esta tarea por ella. Dichos mensajes de correo electrónico son de fecha anterior a la que se encontraba registrada la Sra. Segura... ..Si bien las constancias de correos electrónicos constituyen documentos que, por carecer de firma digital, no pueden ser equiparados a los instrumentos privados en cuanto a su valor probatorio, ello no obsta a que se las pueda presentar en juicio siendo consideradas como principio de prueba por escrito. Por ello los correos enviados desde y hacia una casilla institucional de la empresa demandada, me llevan a considerar que la actora, en dicha oportunidad, llevaba a cabo sus funciones bajo las órdenes de la patronal”.

3 - Situaciones especiales:

En términos generales el mayor problema que se presenta es la falta de celeridad para realizar los controles y/o pericias. Siguiendo el orden probatorio como establece la legislación de forma, el trabajador llega tarde y poco puede probar, ya que los elementos informáticos (en la mayoría de los casos servidores, computadoras, etc.) quedan en poder del futuro demandado, quien conocerá de antemano (con la llegada de la demanda) todos los puntos de pericia que se plantean, pudiendo borrar, alterar o modificar toda esa información deviniendo en inútil la producción de dicha prueba.

Una posible solución, con el actual estado de la legislación, es flexibilizar todo lo que implique producción de **prueba anticipada**, evitando las demoras.

Otra variable sería, cuando sea posible y no redunde en perjuicios económicos graves, la de establecer el secuestro de dichos elementos garantizando una correcta preservación de la misma al momento de efectuar una **pericial informática**.

Otra opción es utilizar el sistema de presunciones en contra del responsable de esos sistemas, especialmente para los casos que se acredite la “desaparición” de determinada

y seleccionada información. Para esto podremos usar el 386 del CPCCBA individualizando claramente determinados registros virtuales como “instrumental en poder de la demandada – **prueba exhibitoria**”.

Un buen ejemplo de esto serían los videos de seguridad que las entidades bancarias deben tener en cumplimiento de obligaciones de seguridad (muchas de ellas previstas y evaluadas por su entidad de contralor el Banco Central de la República Argentina); que la parte trabajadora solicita para probar una extensión de la jornada. La negativa a entregar dichos elementos, o destrucción de los mismos debiera ser considerado por los jueces “en contra” de la entidad financiera.-

Las actas pasadas ante escribano público, resultan ser el *medio* de prueba elegido para incorporar alguna *fuentes* de prueba (un contenido virtual) al proceso como **instrumental**. Se convoca al escribano para que constate la identidad de una impresión con lo que figura en un equipo, o para que transcriba en un acta el contenido de un mensaje de texto, o mail. Dejando de lado las obvias limitaciones económicas para contar con este tipo de prueba (en especial para la parte trabajadora) es necesario tomar ciertos recaudos para que dicha acta sea un medio de prueba válido. Se recomienda seguir y hacer detallar al notario los pasos mínimos previstos por la **informática forense** que son: 1- Adquisición; 2- Preservación; 3-Obtención y 4-Presentación. En estos supuestos es aconsejable que el informe contenga identificación de los medios magnéticos examinados, de la plataforma empleada para obtención de evidencia, una explicación sucinta del procedimiento técnico realizado, nombre del archivo de destino, código HASH, y que figure el horario real versus el horario interno de la computadora. Si a su vez puede contarse con un profesional o responsable del área de sistemas, resulta útil individualizarlo⁹.

Finalmente y a modo de propuesta se incorporará en el presente el **reconocimiento judicial**, una prueba infrecuente, que resulta ser una herramienta sumamente válida dentro de los escasos medios de prueba existentes

3.1. ARCHIVOS VIRTUALES.

Si hablamos de papel, de un original podemos obtener fotocopias¹⁰, las que según múltiples precedentes judiciales difícilmente pueden ser considerados elementos de prueba directa, ya que sin la correspondiente autenticación (generalmente vía prueba informativa) que las valide, o sin contar con el reconocimiento de la contraria, no tienen valor probatorio. Como ha indicado la jurisprudencia de la SCJBA: “*Las fotocopias no autenticadas y desconocidas por la parte afectada carecen de fuerza de convicción (SCBA L 55206 S 26-7-1994; SCBA L 85656 S 6-6-2007).*”

No se debe caer en la tentación de comparar el sistema de copiado de papel, con el que implica comparar dos archivos virtuales y establecer si uno es “copia” del otro.

El primer concepto que considero oportuno transcribir es el que contiene la ley 25.506 en su artículo 6º, que dice: “*Documento digital. Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su*

⁹ Molina Quiroga, Eduardo “*La prueba pericial en materia informática*” publicado en Revista de Derecho Procesal 2012-2. Editorial Rubinzal Culzoni

¹⁰ Es importante definir “Fotocopia”, puesto que siempre se requiere de un “original físico” para reproducir, y debe ser entendida como el resultado de reproducir un documento o parte de este en una hoja de papel, realizado por medios ópticos y fotosensibles que se produce colocando el “original” sobre una superficie transparente y aplicando una fuente luminosa llamada “lámpara de exposición”, esa luz se refleja en las tonalidades más claras del original y esta imagen se va guiando por espejos hasta un cilindro sensible a la luz que va girando, el cual se energiza atrayendo electro-magnéticamente la tinta seca llamada “toner”. A este elemento también se le conoce como Fotorreceptor Bajo este cilindro se encuentra otro elemento que desenergiza al fotoconductor llamado corona, y al momento del proceso del fotocopiado, cuando el papel pasa debajo del cilindro, la corona se activa desenergizando el cilindro y haciendo que el toner caiga sobre el papel. Después el papel con el polvo sobre él, pasa por otro componente de la fotocopiadora llamado unidad fusora que se encarga de fundir el toner sobre el papel.

fijación, almacenamiento o archivo. Un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.” De esta manera, se evidencia que los mismos tienen entidad en nuestro ordenamiento, más allá de su aceptación o no dentro del proceso.

Si se “levanta” o copia un archivo desde una PC, EXISTE FORMA de determinar la identidad e indemnidad de dicho archivo “copiado” con el archivo de base “original” ya que poseen un código que resume todos los “1” y “0” contenidos, y los traduce a un valor legible (conocido como código HASH).

A modo de ejemplo supongamos que un trabajador pretende utilizar como prueba un archivo que impone determinadas modificaciones en el contrato de trabajo (para determinar abuso de “ius variandi”) y dicho archivo figura como uno de texto (*.doc; *.txt; etc.) dentro de todas las PC que son propiedad del empleador. Con un medio extraíble (pen drive o similar) efectúa la copia y se la proporciona al abogado. Dicho archivo posee un código único, que le permite ser comparado con el que fue tomado de origen. Si el de origen permanece inalterado, el copiado va a tener un código alfanumérico denominado “HASH” que va a tener idéntico valor.

Alguna de las múltiples definiciones que existen de este término anglosajón, lo caracterizan como un algoritmo o “resumen” que se encarga de representar de forma compacta un archivo o conjunto de datos que normalmente es de mayor tamaño (independientemente del propósito de su uso). En concreto **Si el código HASH permanece inalterado significa que el archivo es idéntico, validando fecha de creación, contenido y autor;** poniendo en evidencia que se respetó la cadena de custodia de dicha prueba

3.2. CORREO ELECTRÓNICO

Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet, mediante el protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol o Protocolo Simple de Transferencia de Correo), aunque por extensión también puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos digitales. Su eficiencia, conveniencia y bajo costo (con frecuencia nulo) están logrando que el correo electrónico desplace al correo ordinario para muchos usos habituales.

Los ordenadores “clientes” se conectan mediante la red entre ellos, y obtienen las aplicaciones necesarias de servidores de ficheros, se conectan a Internet mediante un router, usan servicios Web mediante el servidor y se protegen con diversos firewalls. Pero todo esto está controlado desde la posición del administrador, que es una persona con privilegios exclusivos para el mantenimiento de toda la red. 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. **El administrador es consciente, o puede ser consciente, del contenido del correo en cualquier momento:** da igual que el correo no se haya mandado, o que se encuentre en el servidor. Y es la persona que tiene más facilidades -además de formación técnica- para que esto se produzca. Además, los correos mandados siempre dejan rastros, en forma de archivos “logs” que se pueden encontrar en los ordenadores clientes y en el servidor. La intimidad aquí también puede verse empañada, y ahora no estamos hablando solamente del empresario, si no de los exorbitantes poderes que puede tener el Administrador.

Si bien podríamos enfocarnos en los emails CON FIRMA DIGITAL o en aquellos que poseen FIRMA ELECTRONICA, desarrollaré el presente con el correo simple, o sea aquel que no tiene firma, por ser en la práctica el más usado.

Su comparación con la correspondencia epistolar es discutida, y en algunos fallos, (Lanata¹¹) se la ha asimilado a la correspondencia tradicional. Los Dres. Fernando ro y Rubén Pardo¹² han dicho al respecto que no se los puede comparar porque:

- *El e-mail permite saber quién lo emitió, más precisamente, de qué terminal fue enviado y en cuál fue recibido. Situación distinta a la de la correspondencia epistolar que no requiere necesariamente un remitente.*
- *El continente (sobre) de la correspondencia por principio no permite su lectura por terceros, al amparo de la misma Constitución Nacional (Art. 18); advertimos que en el correo electrónico no es así, ya que mientras navega por el ciberespacio puede ser de fácil acceso para los terceros¹³.*
- *A diferencia de lo que ocurre con el correo tradicional, el mensaje digital “no es único”, desde su creación es múltiple. Desde el momento que el usuario envía el mensaje, no solamente se han creado múltiples copias sino que las mismas se encuentran diseminadas en todo el mundo, dependiendo del punto de partida y llegada del mensaje¹⁴.*
- *La persona que recibe el e-mail tiene la posibilidad de duplicarlo ad infinitum. Las copias creadas en la memoria de la computadora que se ha usado para crear el mensaje, están a disposición del usuario que puede a su voluntad, destruirlo, guardarlo o copiarlo¹⁵.*

Esto determina las características propias del e-mail:

- *Multiplicidad de Copias.*
- *La intervención necesaria de terceros, que también poseen copias de los mismos y de la ruta que los mensajes han seguido.*
- *La posibilidad de que el operador del sistema pueda acceder a los mensajes y observar y/o modificar su contenido.*

Por lo indicado, sostengo en coincidencia con los autores citados, QUE NO ES identificable el correo electrónico a la correspondencia epistolar¹⁶. Entiendo y comparto la necesidad y voluntad de darle la misma protección (poniendo a esto dentro del bien tutelado constitucionalmente); pero hay que desarrollar mecanismos legales y reformas que permitan ello, porque claramente NO ESTAMOS EN PRESENCIA DE DOS MEDIOS QUE FUNCIONEN IGUAL y aplicar soluciones analógicas a elementos tan diferentes redundará en inseguridad jurídica. **En la experiencia nacional falta reglamentación**, a pesar de tener cada día un mayor peso en las relaciones laborales.

La puja principal viene entre el derecho a la intimidad (trabajador usuario, con el contenido de las comunicaciones electrónicas), y el derecho de propiedad (empresario dueño del correo electrónico como herramienta de trabajo) Apartándonos por un segundo de lo meramente probatorio, considero oportuno dejar planteadas ciertas máximas sobre las

¹¹ Fallo de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la capital federal dijo: “...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...”

¹² El correo electrónico su distinción con la correspondencia epistolar y la admisión de medidas cautelares. Autores citados

¹³ “Prueba Responsabilidad y Derecho Informático”, Juan Martín Alterini, Publicado en La Ley 2006-E, 1155.

¹⁴ Mariano Municoy, “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.

¹⁵ Mariano Municoy (obra citada).

¹⁶ El trabajo efectuado por la Dra. Alicia Graciela Ulla de Torresan, titulado “La introducción de las nuevas tecnologías como prueba en el proceso laboral” (Revista Derecho Laboral Actualidad de Rubinzal Culzoni 2010/1 pag 395) analiza la cuestión de la privacidad y el derecho a la intimidad, por lo que se sugiere la lectura del mismo.

que hay consenso en cuanto a la regulación de fondo, tanto a nivel nacional e internacional:

1. Existe la posibilidad de regular sobre esta cuestión en convenios colectivos de trabajo (a nivel nacional podemos citar como ejemplo el CCT 389/04, que en su artículo 16.4¹⁷ se ocupa de darle un marco a esta cuestión; pero al faltar normativa de fondo, considero que los trabajadores se quedan sin un piso mínimo de regulación)
2. Uso de Internet en general, pero del mail en particular, controlado por parte del empresario, quien detenta la dirección y organización de la empresa, preferentemente con sistemas automáticos (que no permitan discriminaciones)
3. Necesidad de efectuar una notificación fehaciente al empleado sobre la política de seguridad informática y privacidad (o no) de la correspondencia digital adoptada por la empresa. Hacer recordatorios periódicos de esto mismo e incluirlo en los reglamentos internos.
4. Establecer en conjunto con las entidades gremiales una política de vigilancia y control de la correspondencia informática que sea general, no discriminatoria y consentida.
5. Establecidos estos parámetros no podría aducir el empleado poseer una expectativa de intimidad, y sentirse vulnerado al no respetarse la misma, caso contrario es válido efectuar acciones indemnizatorias, o considerarse injuriado (1071 Código Civil)
6. A nivel local se suma el hecho que las facultades de dirección y organización están cabeza del empresario, con lo que los límites estarían dados dentro del marco de buena fe (Art. 63 LCT) 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”.

Hecha esta diferencia introductoria, sobre el uso y límites del correo electrónico como herramienta laboral, y no siendo el objeto del presente trabajo profundizar esta temática; trataré de circunscribirlo al ámbito probatorio.

El juez debe tener certeza de la integridad de los datos y de la autoría del mismo. Pudiendo establecer que cuerpo (contenido) y cabecera (datos de tráfico como fecha de envío y recepción) permanecen íntegros.

3.2.A. Presentación en juicio de la impresión del Correo Electrónico:

Es el mecanismo más comúnmente utilizado, pero por lo ya dicho sostengo que, siendo negada la autenticidad de los correos electrónicos presentados en “impresiones” a un juicio, **no sirve como prueba directa.**

Se llega a esta afirmación, porque el contenido, remitente, hora y fecha de un correo electrónico (mail), es modificable, claro que teniendo los conocimientos y el equipamiento técnico. Está fuera del alcance del profano en esta materia el conocimiento acabado de todas las variables que hay sobre posibles fraudes y maniobras que se pueden hacer a través de la red. Obviamente complementada con otro tipo de prueba, puede llegar a sumar y ser considerada.

¹⁷ El citado artículo dice: “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.”

Se debe diferenciar de qué tipo de cuenta de correo estamos hablando. Puede ser un correo corporativo (que trabaja sobre un servidor corporativo, como el “Lotus notes” o el “Outlook”), un correo pop, o correo Web (Yahoo, Gmail, Hotmail, etc.). En el primer caso, la responsabilidad del empleador será mucho mayor, pues controlará todos los parámetros de seguridad y privacidad del sistema que el posee. En el segundo caso, solo mediante la instalación de software espía, se puede almacenar datos de las comunicaciones.

Abreva esta postura varios fallos, que obviamente teniendo en cuenta la realidad de cada caso en concreto, pueden considerarse análogos. Por ejemplo en Leone, Jorge N. c/ Maqueira, Jorge S.”, 11/8/2005, al acompañar copias de los correos electrónicos se dijo que:

“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.”

3.2.B. Acta notarial

Me remito a lo expresado previamente sobre el acta notarial; aunque resulta necesario proponer algún tipo de reforma legislativa que garantice el principio de gratuidad reconocido a los trabajadores. No es un simple enunciado, sino una manda constitucional para los habitantes de la provincia de Buenos Aires (artículo 39, tercer párrafo), lo que implica la necesidad de establecer mecanismos (en los que se dé obligada participación al Colegio de Escribanos) que brinden a los trabajadores formas de poder acceder también ellos a este tipo de prueba de manera gratuita. La situación actual, implica limitar éste derecho constitucionalmente reconocido.

3.2.C. Prueba Mixta:

Acompañar el correo impreso, pidiendo prueba pericial para validar el contenido del mail, y prueba de informes a las distintas empresas prestatarias del servicio de correo electrónico que serán quienes puedan validar la cabecera (o sea fechas de envío y recepción del mail.).

Claramente los medios aludidos por el juez, son la pericial informática, pero pedida como medida preliminar¹⁸, ya que la información es fácilmente alterable, o aun más grave, suprimible de los registros de quien posea acceso a los servidores. Otra cuestión a tener en cuenta es 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.

¹⁸ Sin compartir parte los fundamentos vertidos, sugiero la lectura del fallo “**Levin, Ricardo Javier vs. Taraborelli Automobili S.A. s. Diligencia preliminar**”, de la CNAT, Sala IX; fechado el 24-05-2012; 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. El riesgo de alteración en todo lo que resulta prueba digital debe considerarse per se incluido en el planteo por la propia naturaleza de la prueba en debate. En sentido contrario al mencionado se puede leer el fallo “**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

3.2.D. Firma electrónica:

Si bien es un tema que excede el marco del presente trabajo, resulta necesario que diferencie lo que sucede con aquellos correos con “firma digital” o “firma electrónica”, (sobre todo desde la vigencia e implementación de la ley provincial 14.142 del 23/06/2010 que modifica el CPCCBA y la ley 11653 incorporando la notificación electrónica o vía e mail como un medio valido).

Lo primero a señalar es que estos conceptos no son lo mismo, del propio texto de la ley nacional 25506 se obtienen ambas definiciones¹⁹, pero analizadas exclusivamente desde el punto de vista probatorio, se considera que la firma electrónica, negada en juicio pone en labor probatoria a quien pretende acreditarla como válida. Mientras que en la firma digital, se considera válida, y quien alegue su invalidez deberá probarla, creando una suerte de presunción *luris tantum* a su favor. La firma electrónica reconocida tiene el mismo valor legal que la firma manuscrita. La principal característica que diferencia a la electrónica con la digital es su cualidad de ser inmodificable (que no implica que es “inviolable”).

Estos sistemas encriptan los contenidos y, generalmente, proveen dos claves, una de escritura (que solo debe poseer el emisor, y que lo hará responsable de todo lo que salga validado con dicho algoritmo) y otra publica que permitirá la lectura de lo que se envía bajo este sistema. De esa manera si se puede dar certeza de que lo remitido salió de alguien que conoce la clave del usuario emisor; y como indicamos precedentemente, solo debería conocerla quien la tiene bajo su responsabilidad.

3.3. PÁGINAS WEB:

Concepto: Según el Diccionario “on line” de la Real Academia Española, se entiende por tal a aquel *“Documento situado en una red informática, al que se accede mediante enlaces de hipertexto”*. T.H. Nelson, le da nueva aplicación a este termino, aplicándolo a lectura “no lineal” o “no secuencial”, pretendiendo referir de esta manera a la posibilidad que tiene el Usuario de analizar y valorar técnicamente los documentos que desee y posteriormente tener la posibilidad de guardarlos. Es decir que este es un método de presentación de información, por la cual se enlaza la misma pudiendo estar en cualquier parte de la red²⁰. Su principal característica son los hipervínculos de una página, siendo esto el fundamento de la Web. Hoy ambos términos (sitio y página) se usan como sinónimos, haciendo referencia a lo que hoy conocemos como “Sitios” (o “Portales Web”). Está compuesta principalmente por información (texto o módulos multimedia) así como por hiperenlaces; además puede contener o asociar datos de estilo para especificar cómo debe visualizarse, y también aplicaciones embebidas para hacerla interactiva. Las páginas Web son escritas en un lenguaje de marcado²¹ que provea la capacidad de

¹⁹ Ley 25.506. ARTÍCULO 2º- Firma Digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con estándares tecnológicos internacionales vigentes.

ARTÍCULO 5º- Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez

²⁰ Concepto extraído del libro *Iuscibernética: interrelación entre el derecho y la informática* de Héctor Ramón Peñaranda Quintero

²¹ Es una forma de codificar un documento que, junto con el texto, incorpora etiquetas o marcas que contienen información adicional acerca de la estructura del texto o su presentación. El lenguaje de marcas más extendido es el HTML, fundamento del World Wide Web. Los lenguajes de marcado suelen confundirse con lenguajes de programación, pero no son lo mismo ya que el lenguaje de marcado no tiene funciones aritméticas o variables, como sí poseen los lenguajes de programación

manejar e insertar hiperenlaces, generalmente HTML²². El contenido de la página puede ser predeterminado ("página Web estática") o generado al momento de visualizarla o solicitarla a un servidor Web ("página Web dinámica").

En cuanto a su forma probatoria, resulta complejo adaptarse a todas las variables que pueden presentarse dentro de las FUENTES de prueba, pero la más usada entre los colegas no es la más efectiva. Se trata de la impresión del documento que está a la vista (es decir llevar a papel lo que se está visualizando en el monitor) y acompañarlo como documental; luego tratar de validarlo a través de una prueba pericial informática que le de legitimidad a esa impresión. Si el perito determina como positivo el cotejo, resultará prueba cierta y superará la negativa de la contraparte, pero las dificultades se presentarán teniendo en cuenta que es el empleador quien, generalmente, administra el sitio y puede en cualquier momento modificar (de mala fe) lo que en algún momento figuraba como contenido en ella. Se vuelve extremadamente complejo para un profesional en el área informática, determinar una eventual modificación del sitio, y aun de lograrlo, poder conocer el contenido previo.

Como ya mencioné en otra parte del presente trabajo creo que hay que optar por otra posibilidad. Se puede certificar lo que se está viendo a través de un acta notarial, y en este caso será el escribano quien dará certeza de la impresión que posteriormente se acompañará. Lo negativo de este procedimiento es el costo que hay que afrontar por ello, por lo que se hacen aplicables los conceptos vertidos sobre la gratuidad REAL que hoy no posee el trabajador.

Por ello y como adelantara es dable referirnos al RECONOCIMIENTO JUDICIAL, previsto en los artículos 42 (11.653) y 477 al 478 (CPCCEA). El primero de los citados dice: *"Cuando se considere necesario el reconocimiento de lugares, **cosas o circunstancias relacionadas** con la causa, los Jueces del Tribunal podrán trasladarse a tal fin o encomendar la diligencia a alguno de sus miembros o secretario. Si el lugar fuere distante del asiento del Tribunal la medida por ser deferida a la autoridad judicial más próxima. Del reconocimiento realizado se labrará acta circunstanciada que se incorporará a la causa"*. Esta prueba es poco utilizada, generalmente por las dificultades para trasladarse que tienen los jueces al lugar en cuestión, sobre todo teniendo en cuenta la gran acumulación de trabajo. Pero en la actualidad se puede apreciar su importancia y relevancia con referencia a archivos públicos alojados en la Web. Siendo que la simple impresión de la misma no acredita el contenido, y si se busca la pericial informática como punto de pericia existe la posibilidad de que el demandado modifique los contenidos insertos en la misma, sostengo la oportunidad de utilizar este MEDIO de prueba (ya sea como medida preliminar de reconocimiento de *"cosas o circunstancias relacionadas con la causa"*) y se le requiera al juez que ratifique el contenido impreso previamente aportado de dicha página, asegurando así la identidad y sin tener que caer en el costo del escribano. No se vulnera la defensa en juicio, ya que se está en presencia de documentos de acceso del dominio público, y se pone en cabeza de la contraparte la posibilidad de demostrar que esa página no le pertenece o que dichos contenidos no son propios puesto que fue víctima de algún tipo de hackeo. En el más extremo de los casos si el Tribunal lo considerara necesario puede; sin dar traslado de la demanda por ser necesario que sea inaudita parte, solicitar la presencia del defensor oficial.

En cuanto a prueba informativa resulta de suma importancia tener conocimiento del funcionamiento de "NIC ARGENTINA" (<https://nic.ar/>), organismo gubernamental que actualmente tiene la responsabilidad de administrar el dominio de nivel superior ".ar",

²² Siglas de HyperText Markup Language (Lenguaje de Marcado de Hipertexto)

además de mantener un registro de nombres de dominio de Internet vinculado con las personas físicas o jurídicas responsables de los mismos. Si bien dependía de Cancillería, recientemente ha pasado a la órbita de Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación. En ella existe toda la información sobre el registro de aquellos dominios finalizados en “.ar”, y oficiar a dicha entidad puede redundar en informes útiles para el proceso.

3.4. MENSAJES DE TEXTO / SMS

Un mensaje SMS es una cadena alfanumérica de hasta 140 caracteres o de 160 caracteres de 7 bits, y cuyo encapsulado incluye una serie de parámetros. En principio, se emplean para enviar y recibir mensajes de texto normal, pero existen extensiones del protocolo básico que permiten incluir otros tipos de contenido, dar formato a los mensajes o encadenar varios mensajes de texto para permitir mayor longitud (formatos de SMS con imagen de Nokia, tonos IMY de Ericsson, estándar EMS para dar formato al texto e incluir imágenes y sonidos de pequeño tamaño).

En GSM existen varios tipos de mensajes de texto: mensajes de texto "puros", mensajes de configuración (que contienen los parámetros de conexión para otros servicios, como WAP o MMS), mensajes WAP Push, notificaciones de mensajes MMS. El transporte de todos estos tipos se realiza de la misma forma.

Los mensajes de texto son procesados por un **SMSC** o centro de mensajes cortos (*Short Message Service Center*) que se encarga de almacenarlos hasta que son enviados y de conectar con el resto de elementos de la red GSM. Cuando un usuario envía un SMS, o lo recibe, se incluyen con su payload (carga útil o cuerpo del mensaje) al menos los siguientes parámetros:

- Fecha de envío (también llamada *timestamp*);
- Validez del mensaje, desde una hora hasta una semana;
- Número de teléfono del remitente y del destinatario;
- Número del SMSC que ha originado el mensaje;

De este modo se asegura el correcto procesamiento del mensaje en el SMSC y a lo largo de toda la cadena.

Forma de probarlo en juicio:

Demás esta decir que este medio hoy es tan generalizado y comúnmente aceptado que preocupa a los abogados la inexistencia de jurisprudencia uniforme a tomarlos en cuenta. Por la definición expuesta en dicho mensaje queda alojado el remitente y la fecha y hora de envío. Por lo que tendríamos certeza de dichos datos. ¿Ahora, como acreditarlo en un proceso judicial? Difícilmente se pueda acompañar el equipo en el que está alojado el mensaje. Según el equipo en el que se recibe, con el software apropiado es sencillo imprimirlo, y de esa manera, sumado a una informativa a la compañía celular debiera tenerse por probado.

Aquí también es aplicable lo dicho sobre el acta de escribano, y nuevamente surge la inquietud sobre la potencialidad del reconocimiento judicial.

3.5. FAX.

Estamos en presencia de un claro ejemplo de tecnología que ha dejado de tener utilización. No obstante considero oportuno mencionar sucintamente sus características, habida cuenta que por la duración de los procesos y por la particularidad de algunos casos puede resultar de utilidad. Es importante señalar que desde el punto de vista técnico, los documentos recibidos vía fax, no son documentos originales. La palabra fax

es una simplificación de facsímil, que significa, reproducción o copia exacta. Es muy relevante conocer que tanto el contenido como las firmas del fax pueden ir desapareciendo con el tiempo, por ello desde el punto de vista pericial, se ha venido aceptando la peritación sobre reproducciones de documentos, aunque técnicamente el proceso de verificación es más complejo, pudiendo en algunos casos no ser de certeza los resultados de la experticia. (Los verdaderos expertos también tienen la capacidad de pronunciarse sobre diversos aspectos relacionados con el origen o procedencia del fax, tales como marca y modelo del aparato emisor, a través del análisis de las cabeceras o confirmaciones de envío que producen estos aparatos y otros tipos experticias afines.). Por todo lo reseñado la promoción del fax como prueba documental debe ir acompañada de la promoción de otros tipos de medios probatorios, como informes, a fin de establecer la comunicación o no entre una línea telefónica (emisor) y la del fax receptor a una hora y por un tiempo determinado, sin descartar otros medios dependiendo del caso.

En muchos casos se podrá demostrar el envío y la recepción de un fax, pero no su contenido. La jurisprudencia ha analizado de manera dispar este medio de prueba. Por ejemplo, el proceder de la Justicia comercial, en un reciente fallo (17/4/08), “Marby Sacifia c/ Thyssen Krupp Stahlunion GmbH s/ ordinario” fue el siguiente:

“...La celebración del vínculo negocial que unió a las partes y que no puede ser desconocida por la demandada, se encuentra acreditada a partir de la extensa cantidad de faxes, emails y demás documentación intercambiadas por las partes. Corresponde asignarle plena eficacia probatoria a dicha documentación respaldatoria del negocio entablado. Es que de conformidad con el art. 1190²³, inc. 2° CCiv. El fax configura un principio de prueba por escrito, y en cuanto a los emails corresponde asignarles la misma eficacia probatoria ya que la doctrina los analiza conjuntamente. Por ello, no resulta ajustado a derecho el cuestionamiento efectuado por la accionada sobre el valor probatorio de estos documentos; máxime cuando ella misma, a los efectos de fundar su defensa, también se valió de estos medios probatorios y cuando los testigos también coincidieron en punto a que las partes se comunicaban vía email y faxes -sumado a que dichas declaraciones no resultaron aquí impugnadas”

Por otro lado en PORTA LABELLA, Solange Adelitte c/ MARTÍNEZ, Miguel Angel s/ EJECUCIÓN DE ALQUILERES (C.N.Civ., Sala "A" A048040 25-02-97) se arribó a la siguiente conclusión: *“De acuerdo al principio enunciado en el art. 1012²⁴ del Código Civil y dado que el "fax" no es original ni fotocopia simple, sino, en todo caso, una copia teletransmitida de aquél, no reemplaza al original, único que, en principio, puede dar fe de la existencia y exigibilidad de la obligación. Pero, ante la imposibilidad de presentar el original, corresponderá admitir la prueba secundaria del fax.”*

3.6. REDES SOCIALES / MICROBLOGGING:

Estos conceptos aluden a espacios virtuales, en los cuales los individuos se inscriben y relacionan con sus pares, compartiendo intereses que ocupan todos los espectros existentes (política, religión, salud, etc.)

La idea original de todas las redes sociales parte de la teoría de los seis grados de separación, según la cual toda la gente del planeta está conectada a través de no más de

²³ Art.1190.- Código Civil de VZ. Los contratos se prueban por el modo que dispongan los Códigos de Procedimientos de las Provincias Federadas: - Por instrumentos públicos. - Por instrumentos particulares firmados o no firmados. - Por confesión de partes, judicial o extrajudicial. - Por juramento judicial. - Por presunciones legales o judiciales. - Por testigos.

²⁴ La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos.

seis personas²⁵. Indudablemente el mercado de las redes sociales y del microblogging lo lideran en la actualidad Facebook y Twitter respectivamente y es muy probable que el lector las conozca por ser parte de alguna o tener conocidos que son parte de alguna de ellas.

Como no puede ser de otra manera, han generado numerosos planteos dentro del mundo laboral y existen las mismas dificultades probatorias que se han venido reseñando hasta el momento. Algunos de los conceptos e ideas que se han sistematizado conforme los fallos existentes son:

Ser “amigo de Facebook” no importa per se una causal para impugnar una declaración testimonial. No implica la amistad íntima que determina estar comprendido en las generales de la ley. Ver: **“Camargo, Daniel Armando vs. Agudo, Roberto Elvio y otro s. Despido”** CNAT, Sala V; fechado el 31-03-2014; RC J3995/14. También ver: **“Martínez, Paula Eliana vs. Hale Construcciones S.R.L. y otro s. Despido”** CNAT, Sala VII; fechado el 31-03-2014; RC J 3869/14

Para constituir una injuria que habilite la ruptura del vinculo laboral con causa, no resulta suficiente el material que se obtenga de Facebook, puesto que el mismo deberá ser completado y acompañado por otros medios de prueba que determinan la proporcionalidad de la falta con relación al castigo impuesto. Tambien que si el empleador alega un daño a la imagen, este deberá ser suficientemente probado. Ver **“B., M. L. vs. Sav S.A. s. Despido”** CNAT, Sala II; fechado el 27-12-2012; RC J 5036/13

Las actividades volcadas en las redes sociales constituyen una accion privada de las personas y un ejercicio de la libertad de expresión, no pudiendo ser tomadas en cuenta objetivamente para excluir la existencia de Daño Moral. Ver **“T. P. S. vs. Bacam Process y otros s. Despido”** CNAT, Sala IV; fechado el 29-02-2012; RC J 2587/12

Cuando una parte incorpora una foto extraída de la red social y pretende determinar una serie de hechos y consecuencias de la misma deberá probar lo alegado. En este caso la prueba testimonial será determinante para comprender los alcances de una imagen. Ver. **“M. L. A. vs. SAV S.A. s. Despido”**, de la CNAT, Sala II; fechado el 11-06-2013; RC J14265/13

Claramente se desprende en todos estos casos que existen situaciones particulares que, producto de la falta de normativa, quedan librados a la forma que las partes opten para sus presentaciones y luego como complementen dicha prueba.

²⁵ teoría fue inicialmente propuesta en 1929 por el escritor húngaro Frigyes Karinthy en una corta historia llamada “Chains”. Luego ampliada por el sociólogo Duncan Wats en el libro en el libro “Six Degrees: The Science of a Connected Age”

4. Conclusión:

Los principios rectores del derecho laboral de fondo, no están correctamente aplicados en la legislación de forma y ello genera que el trabajador (protegido por ser hiposuficiente dentro de la relación de empleo), vea vulnerado sus derechos de FONDO, por cuestiones de FORMA.

Para que dentro del proceso laboral el trabajador llegue a un grado de igualdad con el empleador, DEBE ADECUARSE URGENTEMENTE el derecho instrumental (de forma) al derecho sustancial (de fondo) recogiendo en aquel el espíritu, las finalidades y los principios de este último.

Lo contrario derivará en la clásica praxis judicial, de transpolación de un mecanismo del criterio tradicional civilista en el que la prueba incumbe a quien afirma los hechos, a excepción de las presunciones legales (las cuales resultan a todas luces insuficientes para igualar).

Habiendo participado personalmente no puedo más que compartir la novena conclusión del “XVI Encuentro del Foro Permanente de Institutos de Derecho del Trabajo de los Colegios de Abogados de la Provincia de Buenos Aires” celebrado en San Justo el 25 y 26 de abril de 2014, en cuanto expresó que: ***“Debe incorporarse a la legislación procesal medios de prueba que contemplen las nuevas tecnologías en materia de comunicación e información”***. En dicho sentido celebro la existencia de proyectos²⁶, pero considero que resultan insuficientes para la magnitud e impacto que lo digital tiene dentro del mundo laboral.

Esta realidad actual descrita solo puede verse mitigada (nunca será posible erradicarla del todo) por una activa y dinámica legislación y judicatura, que comprenda y acepte el rol que le toca, en donde igualar por compensación resulta la clave para obtener mayor justicia social.

Hasta que esto se obtenga, resultará necesaria la valentía de los jueces, para no ingresar por el camino del rigorismo formal, intentando darle verdadera primacía a la realidad, y sin llegar a suplir el rol de las partes, se convierta en activo promotor de la igualdad dentro del proceso.

Para ello bastará con una adecuada aplicación del “PRINCIPIO PROTECTORIO” en la esfera formal / procesal, siendo que el mismo tiene jerarquía constitucional, y está contenido en la 20744 a través del artículo 9 (reformado por la 26428). De este principio derivan: La inversión de la carga de la prueba: (dando una indubitada y certera aplicación de presunciones legales a favor del trabajador); Las cargas dinámicas probatorias: (considerando que efectivamente pese sobre quien está en mejores condiciones la responsabilidad de acreditar lo que sea discutido en un proceso); y finalmente el “In dubio pro operario”: (para que si la prueba rendida no alcanza para formar cabal convicción del Tribunal, se le dé primacía a lo solicitado por el empleado). Aplicando estas máximas, se nivelará parcialmente la postura del obrero.

Solo de esa manera podremos, parafraseando a la doctrina iniciada por Capón Filas, conseguir que el hombre sea *ciudadano* en la ciudad y *ciudadano* en la empresa.

²⁶ Por ejemplo el proyecto nacional “4618-D-2014” por el que se busca la utilización de la firma digital dentro del trabajo modificando los artículos 30 y 59 de la LCT