

**UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO
CENTRO DE POSTGRADOS DE LA
FACULTAD DE DERECHO**

**TESIS CORRESPONDIENTE
A LA MAESTRIA EN DERECHO (L.L.M)**

**IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS
EN LA PRUEBA JUDICIAL CIVIL**

*MARÍA VIRGINIA BARREIRO
FECHA DE PRESENTACIÓN: OCTUBRE DE 2019*

Tutor Académico: Leonardo Bruzzone

Montevideo, 29 de octubre de 2019

ÍNDICE

1. Introducción
2. Planteamiento del problema de investigación
 - 2.1 Objetivos de Investigación
 - 2.1.1 Objetivos Generales
 - 2.1.2 Objetivos Específicos.
 - 2.2. Preguntas de Investigación
 - 2.2.1 Preguntas generales.
 - 2.2.2 Preguntas específicas
 - 2.3 Justificación de la Investigación
 - 2.4 Viabilidad de la Investigación
 - 2.5 Antecedentes hallados
3. Marco Teórico
 - 3.1 Los medios de prueba.
 - 3.2. La denominada prueba digital o informática.
 - 3.2.1 Marco legislativo
 - 3.2.2 El documento digital o electrónico escrito – Concepto – Forma de agregación al proceso.
 - 3.2.3 Otras pruebas digitales – Forma de agregación – Producción y control de admisibilidad.
 - 3.3. Licitud de la prueba digital y derechos constitucionales.
 - 3.4. Admisibilidad de la prueba digital. Panorama jurisprudencial
 - 3.5 Valoración de la prueba digital.
4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

La nueva era digital ha determinado que la sociedad actual esté signada por la utilización permanente de las nuevas tecnologías, especialmente en el área de las comunicaciones y en el almacenamiento de información.

Actualmente las relaciones interpersonales se encuentran invadidas por la presencia de los dispositivos electrónicos, siendo éstos un intermediario constante en los vínculos interpersonales.

La comunicación escrita que, hasta hace menos de una década, se producía en forma “epistolar”, actualmente se efectiviza a través de múltiples modalidades, vía correo electrónico, a través de aplicaciones de mensajería instantánea, como los mensajes de texto (SMS), “Whatsapp”, “Twiter”, las comunicaciones “on line” que comparten imagen y audio como “Skype”, “Facetime”, “Viber”, etc., y seguramente en poco tiempo afrontaremos nuevas modalidades de comunicación.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICS) han cobrado una magnitud tal que hoy no podemos concebir nuestra vida diaria sin la utilización de medios electrónicos y digitales.

Los avances tecnológicos han incidido también en el almacenamiento de la información, la cual se ha digitalizado tanto a nivel público como privado.

El almacenamiento de información en soportes electrónicos o plataformas es una constante. Los centros de salud han incorporado la historia clínica electrónica, a nivel comercial se introdujo la factura electrónica, la Dirección Nacional de Registros brinda la información de manera digital, las entidades de intermediación financiera registran todas sus operaciones en sistemas informáticos y gran parte de la Administración Pública ha incorporado sistemas de gestión de trámites “on line”.

La tecnología es también protagonista en la celebración de negocios jurídicos, posibilitando la realización de contratos “on line” y a distancia.

Asimismo es posible plasmar y registrar hechos, de manera muy accesible, a través de diversos medios digitales, en dispositivos electrónicos, grabaciones de imagen y sonido con dispositivos móviles o a través de cámaras instaladas en espacios públicos o recintos privados.

Los avances tecnológicos además, modificaron sustancialmente la manera de comunicarse, de relacionarse, de transmitir ideas o información mediante la creación de las llamadas “redes sociales” como “Facebook”, “Instagram” o “Snapchat”.

La irrupción de la tecnología se ha proyectado en el proceso judicial convirtiéndose en una constante el ofrecimiento de prueba electrónica, informática o también llamada “e prueba”.

En nuestro país, el desembarco de las nuevas tecnologías como medios de prueba se plantea en el marco de un proceso judicial civil regulado por el Código General del Proceso, cuerpo normativo que entró en vigencia hace casi treinta años por lo cual, naturalmente, no cuenta con disposiciones que contemplen las mismas¹.

A ello se agrega que, pese a los importantes avances logrados por el sistema de justicia en cuanto a la incorporación de las nuevas tecnologías en lo que hace a la gestión, la tramitación de los expedientes continua realizándose en formato papel siendo por tanto incompatible con la agregación de prueba en formatos digital.

En el ejercicio de la profesión, advertimos, en los últimos tiempos, un crecimiento exponencial del ofrecimiento de prueba digital, lo cual nos plantea el desafío diario de encontrar los mecanismos legales que amparen la incorporación de esta clase de prueba al proceso, no siendo un camino fácil para los operadores del sistema lograr compatibilizar el avance de estas tecnologías con la normativa procesal vigente, situación que ha dado lugar a pronunciamientos jurisprudenciales disímiles en cuanto al ofrecimiento, admisibilidad y valoración de las “e pruebas”.

Como expresa la procesalista mexicana CARINA GOMEZ FRODE²: *“La prueba electrónica constituye uno de los mayores retos del Derecho Probatorio. Las comunicaciones habituales a través de las redes sociales, correos electrónicos, o teléfonos móviles ocasionan diariamente nuevos conflictos, los cuales han dado lugar a la creciente producción de leyes y jurisprudencia, no siempre uniforme, para interpretar y resolver los casos que se plantean ante los tribunales”*.

En el estado actual de desarrollo de la tecnología y con las proyecciones que se advierten, nos planteamos varias interrogantes respecto a la prueba digital a la luz de las normas procesales vigentes; especialmente si éstas resultan admisibles, en su caso, qué criterios debemos seguir para determinar su admisibilidad, cómo se compatibiliza con los conceptos tradicionales de prueba ilícita, cómo se incorporan al proceso y qué criterios de valoración de la prueba se aplican.

GUIMARAES³ analizando el fenómeno de la irrupción de los medios tecnológicos en el proceso judicial señala que: *“(…) no puede el jurista quedarse inerte y desapercibido, como si la realidad cotidiana no formara parte de su día a día, pues el derecho es, como todos saben, un continuo proceso de adaptación social que no puede obstaculizar el avance de la so-*

1 En 1989, contando con el apoyo de todo el sistema a político nacional, y ante el deterioro de la imagen del sistema de justicia que representaba un riesgo para la estabilidad del sistema democrático, se sancionó el Código General del Proceso (CGP), cuya fuente principal fue el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, y el cual recogió todos sus principios y estructuras fundamentales, con algunas otras incorporaciones que se introdujeron con la finalidad de adaptar dicho marco normativo a la realidad nacional.

2 CARINA GOMEZ FRODE (2018). *“La prueba electrónica. Problemas del presente y retos del futuro. El uso de los recursos tecnológicos y electrónicos durante la tramitación de los procesos jurisdiccionales”*. La Prueba en el Proceso, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, International Association o Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 370 - 371.

3 GUIMARAES RIBEIRO, DARCI (2019). *“La prueba digital”*. La prueba: teoría y práctica. Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, pp. 528.

ciudad sino facilitar la vida de las personas, una vez que él fue creado por el hombre, presenta y sirve exclusivamente al hombre”.

Lo expuesto lleva a plantearme el siguiente tema de investigación: impacto de las nuevas tecnológicas en la prueba judicial civil.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivos de Investigación

2.1.1. Objetivos Generales

Determinar qué incidencia han tenido las pruebas digitales o informáticas en el proceso judicial civil.

Establecer si resultan aplicables los criterios de ofrecimiento, admisibilidad y valoración de la prueba regulados en la legislación vigente a la prueba digital o informática.

Identificar cuáles son los criterios de la jurisprudencia y qué soluciones se le está dando a esta problemática.

Determinar si resulta necesaria una modificación legislativa que regule la prueba digital o informática.

2.1.2. Objetivos Específicos.

Para los objetivos previos se plantean los siguientes objetivos específicos:

1. Analizar si la legislación vigente prevé la incorporación de nuevas tecnologías como medios de prueba.

2. Identificar de qué manera se ha venido ofreciendo y admitiendo esta clase de prueba en el proceso judicial civil.

3. Descubrir cuáles han sido las soluciones que la doctrina ha propuesto para incorporar la prueba digital al proceso civil.

4. Investigar cómo se ha pronunciado la jurisprudencia al respecto y especialmente en cuanto a la licitud de la prueba digital.

5. Examinar cuáles han sido los criterios de valoración de la prueba aplicados a la prueba digital.

2.2. Preguntas de Investigación

2.2.1 Preguntas Generales:

A.- ¿Se encuentra regulada la prueba digital en el ordenamiento jurídico nacional?

B. - ¿La prueba digital es admisible en los procesos civiles?

C- ¿Qué pautas debemos seguir para admitir la prueba digital en el proceso civil?

2.2.2. Preguntas específicas:

A.- ¿Resulta aplicable a la prueba digital la regulación procesal vigente?

B- ¿En qué casos la prueba digital puede considerarse ilícita?

C- ¿Qué requisitos deben seguirse para la incorporación y diligenciamiento de la prueba digital?

D- ¿Cómo se valora la prueba digital?

2.3. Justificación de la Investigación

La investigación reviste interés en cuanto existen discrepancias a nivel doctrinario y jurisprudencial acerca de la admisibilidad de los medios de prueba digitales, la forma en que deben incorporarse al proceso, cuándo estamos ante una prueba digital ilícita y cómo deben valorarse.

Es un tema de suma actualidad que nos interpela a todos los operadores del derecho y nos desafía a investigar para encontrar los mecanismos que faciliten el acceso a la prueba, garantía esencial del debido proceso.

2.4. Viabilidad de la Investigación.

En mi condición de abogada litigante cuento con una importante experiencia en litigios especialmente en procesos civiles, de derecho comercial, laboral y de familia, estando en contacto permanente con los temas planteados en esta investigación.

Asimismo el hecho de pertenecer a la Cátedra de Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo me ha llevado a profundizar en el conocimiento de la prueba judicial, y especialmente a investigar el impacto que han tenido y tienen las nuevas tecnologías en el proceso civil procurando encontrar soluciones a las situaciones problemáticas planteadas.

2.5. Antecedentes hallados:

La incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso judicial y en todo el sistema de justicia está siendo objeto de análisis en los últimos Congresos internacionales de Derecho Procesal y Civil. En octubre de 2018 la temática fue tratada en la II Conferencia

Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal e International Association of Procedural Law, en Salamanca, España. En noviembre de este año (2019) se trabajará al respecto en el 16th WorldCongress of the International Association of Procedural Law en Kobe, Japón. A nivel de doctrina nacional y extranjera el tema ha comenzado a ser objeto de estudio producto de la imperiosa necesidad de encontrar mecanismos adecuados para resolver un tema de suma actualidad en el ámbito jurisdiccional.

3. MARCO TEÓRICO.

3.1 Los medios de prueba.

En palabras del Maestro COUTURE⁴ la prueba, en su sentido procesal, es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio.

Siguiendo al Maestro y centrándonos en la prueba civil como punto de partida para esta investigación, señalamos que el análisis de los medios de prueba dice relación con el procedimiento probatorio, etapa del proceso civil que responde a la interrogante planteada por Couture de “*cómo se prueba*”⁵.

En cuanto al concepto de medio de prueba, destacamos la precisión de los términos utilizados por CHIOVENDA⁶ al decir que: “*Son medios de prueba las fuentes de que el juez extrae los motivos de prueba (así en los ejemplos que acabamos de poner, la persona del testigo, los lugares inspeccionados)*”.

Por su parte TARIGO⁷ define al medio de prueba como: “*(...) todo elemento – y por elemento cabe entender, con absoluta generalidad, toda cosa, hecho o persona- capaz de provocar la convicción del tribunal acerca de la existencia o la inexistencia y en caso afirmativo, de sus caracteres, de un hecho determinado que ha adquirido naturaleza procesal por estar precisamente, referido al objeto del proceso y haber sido alegado por las partes*”.

VIERA⁸ expresa: “*La noción de prueba no puede separarse, tampoco, de la de los medios por los que se obtienen los datos (hechos probatorios) que permiten determinar el hecho a probar. Por eso también se denominan pruebas a estos medios (...)*”.

Nuestro ordenamiento procesal civil regula los medios de prueba en el art. 146 del Código General del Proceso⁹, el cual enumera como medios de prueba a los documentos,

4 COUTURE, Eduardo J. Eduardo J. (1981), “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”, Ediciones de Palma, Buenos Aires, pp.217

5 COUTURE, E. J., ob cit pp. 216.

6 CHIOVENDA, (1954) Giuseppe,(1954) “*Instituciones de Derecho Procesal Civil*”, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pp. 225.

7 TARIGO, Enrique E, (1998) “*Lecciones de Derecho Procesal Civil*”, según el nuevo Código, Tomo II, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 32 - 33.

8 VIERA, Luis A. (1987) “*La Prueba*”, Curso de Derecho Procesal, Tomo II, 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 67

9 Código General del Proceso. Art. 146. Medios de Prueba: 146.1. Son medios de prueba los documentos, la declaración de parte, la de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hechos.146.2. También podrán

la declaración de parte, la declaración de testigos, el dictamen pericial, el examen judicial y las reproducciones de hechos¹⁰.

Sin perjuicio de esta enumeración, el ordinal segundo del mismo artículo dispone que: *“También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley”*¹¹.

La doctrina procesal¹² ha postulado que este ordinal segundo del art. 146 refiere a los medios de prueba no previstos en el texto legal justamente para permitir ingresar al proceso cualquier medio que sirva para demostrar la existencia de un hecho determinado, aun cuando éste no se encuentre expresamente previsto.

VESCOVI y coautores¹³ expresan: *“(...) como el avance de la tecnología y de la ciencia es incesante y, por tanto, es natural que siempre que aparezca alguna nueva invención que pueda servir como medio de prueba, seguramente la norma que se reitera será siempre de aplicación”*.

COUTURE¹⁴, con su admirable sabiduría, -analizando los códigos procesales de vigentes en la primera mitad del siglo XX-, señalaba que la disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba, que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida. Teniendo en cuenta que nuestro derecho la prueba se encuentra reglamentada otorgando tan solo valor a aquellos elementos de convicción que lleguen al juicio mediante un procedimiento ajustado al régimen legal, el tema del procedimiento de la prueba consiste en saber cuáles son las formas que es necesario respetar para que la prueba producida se considere válida.

En palabras de COUTURE¹⁵: *“Los textos legales enumeran habitualmente los medios de prueba: instrumentos, testigos, confesión, juramento, inspección judicial, dictamen pericial y presunciones. El problema consiste en saber si esas pruebas pueden ser ampliadas con otras que no han sido objeto de previsión especial, pero que, respondiendo a conquistas de la ciencia, brindan*

utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley.146.2. También podrán utilizarse otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a las expresamente previstas por la ley.

10 ABAL, Alejandro, (2017). *“El CGP de Uruguay y los medios de prueba no previstos”* Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores AngelLandoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay, pp. 789. Abal distingue entre medio y fuente de prueba, expresando que: *“(…) ‘fuente de prueba’ es todo objeto o persona susceptible de llegar a provocar en el tribunal una razonable convicción acerca de la verdad o la falsedad de la existencia de un hecho, en tanto ‘medio de prueba’ es todo procedimiento dirigido a introducir en el proceso una de esas fuentes de prueba.”*

11 El art. 299 nral. 2 de la LEC 2000 establece un concepto amplio de medio de prueba. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias.

12 VESCOVI, Enrique (Dirección), DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M., PEREIRA, Santiago. (1998) *“Código General del Proceso, Comentado, anotado y concordado”* Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, pp. 313.

13 VESCOVI, Enrique y coautores, ob cit pp. 313

14 COUTURE, E.J. ob cit pp. 248 - 249

15 COUTURE, E J ob cit pp. 260 - 263.

día a día nuevas posibilidades de investigación frente a los hechos controvertidos. La disponibilidad o indisponibilidad de los medios de prueba que no han sido objeto de previsión especial, es uno de esos problemas en que aparecen con más claridad ciertos contrastes del derecho con la vida. Por un lado, se ha sostenido que la institución de los medios de prueba es un atributo exclusivo del legislador, y que fuera de él, nadie puede introducir dentro del sistema otros medios de demostración de la verdad. Pero frente a esa conclusión, no apoyada en razones convincentes, se puede comprobar que los repertorios de jurisprudencia se llenan día a día con antecedentes que reflejan la admisión de pruebas no previstas especialmente en las disposiciones de la ley civil o procesal. La impresión dactiloscópica para suscribir documentos de analfabetos, el análisis de la sangre en la investigación de la paternidad, la radiografía en materia de accidentes en general y del trabajo en particular, la autopsia en los casos de envenenamiento o muerte violenta, el registro de la voz en los actos de transmisión radiotelefónica, la fotografía, la autopsia, etc. son otros tantos medios de prueba no previstos y algunos ni siquiera previsibles en el período de nuestra codificación procesal. Y todos ellos han sido acogidos por la jurisprudencia porque su valor de convicción es excepcional, justamente en los casos en que los otros medios de prueba ofrecen muy exiguos resultados”.

“Cuando los jueces dan ingreso a medios de prueba no previstos, a pesar del supuesto principio de indisponibilidad de ellos, es porque razones más fuertes instan a su aceptación. Ninguna regla positiva ni ningún principio de lógica jurídica, brindan apoyo a la afirmación de que el juez no puede contar con más elementos de convicción que los que pudo conocer el legislador en el tiempo y en el lugar en que redactó sus textos. Por el contrario, lo jurídico, lo lógico y hasta lo humano es lo contrario: que el juez no cierre los ojos a las nuevas formas de observación que la ciencia pone, con imaginación siempre renovada ante él. El progreso de la ciencia, negarlo, significa negar el fin de la ciencia y el fin del derecho”.

“Puede admitirse, pues, en conclusión, que la enumeración de los medios de prueba no es taxativa, sino enunciativa, y que nada prohíbe al juez ni a las partes acudir a medios de prueba no especialmente previstos siempre que los sometan a las garantías generales que son características del sistema probatorio”.

Siguiendo entonces esta línea de pensamiento sería posible admitir el ingreso de medios de prueba no previstos por el ordenamiento procesal aun a falta de regulación específica.

Ahora bien, el ordinal 2 del art. 146 del Código General del Proceso (en adelante CGP) establece que los medios de prueba admisibles requieren no estar “prohibidos por la regla de derecho”.

Por lo cual para determinar si un medio de prueba no previsto resulta admisible, tenemos que analizar qué se entiende por medios de prueba prohibidos por la regla de derecho.

Refiriéndose a este concepto VESCOVI¹⁶ y coautores del Código General del Proceso Comentado han dicho que: “En punto a su admisibilidad, el texto legal permite el ingreso al proceso de cualquier medio probatorio, con la única limitación de que los mismos no resulten prohibidos por la regla de derecho”.

Los autores de la obra se plantean: “¿Qué se entiende bajo la expresión regla de derecho a los efectos de la admisibilidad de un medio probatorio?”.

16 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso Comentado..., pp. 313.

Y responden: *“En los antecedentes y discusión de este artículo ante la Comisión de Constitución y Legislación del Senado, el codificador Torello, interrogado sobre el alcance de dicha expresión, señaló que la misma tiene un contenido jurídico en los derechos constitucional, público y procesal ya conocido, y que refiere a cualquier norma que prohíba algo. Pone, como ejemplo que la Constitución prohíbe la interceptación de correspondencia, por lo que esta sería la regla de derecho que no admite la prueba respectiva”*.

Por su parte TARIGO¹⁷ señala que la prueba prohibida por la regla de derecho incluye tanto la prueba ilícita como a la prueba inadmisibile, esto es, aquella incompatible con el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido dicen VESCOVI¹⁸ y coautores que: *“Como sostuvimos al tratar el art. 24, la prueba inadmisibile desde un punto de vista, es aquella contraria a la ley, en clara referencia a la prueba ilícita, aquella prohibida por la ley, ya por razones especiales (cartas misivas dirigidas a un tercero) o porque, en su producción, se atenta contra principios fundamentales (obtenida por medios ilícitos, violación de domicilio, interceptación de comunicaciones, violencia. En realidad, como la prueba es un quehacer jurídico tiene que estar reglamentada jurídicamente y por ello no se admitirán los medios que la ley prohíbe”*.

“De esto no debe concluirse que el concepto se limita a la existencia de una norma de derecho expresa que prohíba determinada conducta, sino que la expresión ‘regla de derecho, en este artículo, debe entenderse en forma amplia, comprensiva además de todo aquello que naturalmente se halla prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad a la privacidad, etcétera. Como ya se señalaba además de las disposiciones prohibitivas, existentes y las que se puedan incorporar en el futuro, debe también considerarse la prohibición que deriva de principios constitucionales”.

El análisis que venimos de realizar respecto al concepto de medio de prueba elaborado por la doctrina así como la regulación establecida en el art. 146 del CGP nos permite ir dando respuesta afirmativa a una de las preguntas que nos planteábamos al inicio. Esto es, que es posible introducir medios de prueba no previstos en el proceso judicial civil.

3.2. La denominada prueba digital o informática.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de pruebas electrónicas o digitales?

GOMEZ FRODE¹⁹ define a la prueba electrónica conocida también como prueba digital, tecnológica, informática o e- Prueba como: *“un elemento cuya información se encuentra codificada en forma digital sobre un soporte lógico o físico en el cual se usan métodos electrónicos, totalitográficos, ópticos o similares que se constituyen en la representación de actos, hechos o datos. Es un medio de prueba presentada informáticamente y está compuesta de dos elementos, uno material que depende de un hardware, la parte física y visible de la prueba por ejemplo la carcasa de un Smartphone o una memoria UBS, y por otro lado, un elemento intangible representado por*

17 TARIGO, Enrique E., (1998) *“Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”*, Segunda Edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 26.

18 VESCOVI y coautores, ob cit, Tomo 4, pp. 314.

19 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit, pp. 370 y 371.

un software consistente en los metadatos y archivos electrónicos modulados a través de las interfaces informáticas”.

“En muchos países se reconoce como prueba, toda aquella información generada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza, en forma electrónica archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado, es decir, tanto las imágenes como los textos base de datos y otros archivos pueden ser considerados pruebas electrónicas. A la prueba electrónica se le puede concebir como una prueba documental privada o pública, todo dependerá del origen de la misma. Para que la información almacenada de forma digital en un soporte electrónico tenga carácter de documento electrónico se exige que la información contenida pueda ser identificada de forma autónoma, constado tanto la fecha de su creación como la identidad del autor”.

PAGES LLOVERAS²⁰ conceptualiza a la prueba digital como: *“la información obtenida a través de un dispositivo informático, electrónico o medio digital que sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho controvertido en un proceso judicial. Es un tipo de prueba física donde sus datos pueden ser recolectados, almacenados y analizados con herramientas forenses y técnicas especiales”.*

De las definiciones transcritas se advierte que en el concepto de prueba digital se engloba una variedad de formas de registro y almacenamiento de información, que van desde el documento electrónico hasta la registraciones de imágenes por cámaras web.

Por lo cual se plantea si la prueba digital o electrónica es un medio de prueba no previsto por el ordenamiento procesal o si se trata de una especie dentro del género prueba documental.

3.2.1 Marco legislativo.

En cuanto al marco legislativo nacional que regula las formas de registro y transmisión de información digital, a la fecha contamos con el siguiente:

En enero de 1996 se sancionó la **Ley 16.736** la cual en los arts. 694, 695 y 696 reguló el uso de los medios informáticos y su validez jurídica en la administración pública.

Posteriormente, la **Ley 18.237** de diciembre de 2007, que consta de un único artículo, autorizó el uso del expediente electrónico, del documento electrónico, de la firma digital, de las comunicaciones electrónicas y del domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que tramiten ante el Poder Judicial

En septiembre de 2009 se sancionó la **Ley 18.600** (posteriormente modificada por la Ley 18.996 del 7 de noviembre de 2012 y Ley 19.535 del 25 de septiembre de 2017) que estableció el marco jurídico aplicable al documento electrónico y la firma electrónica.

²⁰ PAGES LLOVERAS, (2017). Roberto M. *“La prueba digital en la era digital”*, Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores Angel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay, pp. 542.

Esta ley y sus modificativas regulan la admisibilidad, validez y eficacia jurídica del documento electrónico y de la firma electrónica. A su vez en el art. 2 literal H, se define al documento electrónico o digital como: la *“representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación almacenamiento o archivo.”* Y el art. 4 establece que los documentos electrónicos satisfacen el requerimiento de escritura y tendrán el mismo valor y efectos jurídicos que los documentos escritos, salvo las excepciones legalmente consagradas.

En diciembre de 2012, se dictó la **Ley 18.627** que regula el Mercado de Valores. Los artículos 44 y 45 de dicha ley establecen que las entidades registrantes e intermediarios de valores podrán utilizar, para organizar archivos y demás documentos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, así como para recibir y enviar información de todos los sujetos participantes en el mercados de valores, medios electrónicos y magnéticos, sin perjuicio de otros que autorice el Banco Central. En dicha ley se prevé también que las entidades registrantes y los intermediarios de valores deberán organizar sus registros con un sistema tecnológico, informático, electrónico o de cualquier naturaleza que reúna las condiciones de seguridad, disponibilidad, auditabilidad e integridad, a cuyos efectos deberán contar con los elementos mínimos que fije la reglamentación y que todo registro relativo a valores escriturales en medio electrónico proveniente de emisiones públicas o privadas de oferta pública o privada, constituye documentación auténtica y como tal será válida y admisible como medio de prueba haciendo plena fe a todos los efectos, de acuerdo con el artículo 4º de la Ley N° 18.600, de 21 de setiembre de 2009, siempre que esté debidamente autenticada. El art. 48 dispone que se considerará debidamente autenticado todo documento en medio electrónico relacionado con valores escriturales de emisores públicos o privados, de oferta pública o privada, cuyo contenido esté validado por una o más firmas electrónicas o digitales mediante códigos u otras técnicas seguras, de conformidad con el artículo 6º de la Ley N° 18.600, de 21 de setiembre de 2009. Y por último, el art. 49 establece que la firma digital establecida en la ley 18.600 es de aplicación a todo registro electrónico de valores escriturales de emisores públicos o privados, de oferta pública o privada para la certificación electrónica.

En diciembre de 2015 se dictó la **Ley 19.355** (Ley de Presupuesto Nacional), la cual en su art. 75 estableció que las entidades públicas deberán constituir domicilio electrónico a los efectos del relacionamiento electrónico entre sí y con las personas, conforme a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo. Asimismo se establece la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico por parte de las personas que se relacionen con el Poder Ejecutivo, los Organismos de los artículos 220 y 221 de la Constitución de la República y los Gobiernos Departamentales previo asesoramiento de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento (AGESIC).

En el mes de octubre de 2018 se sancionó la **Ley 19.671** que modifica el art. 353 numerales 3 y 5 del C.G.P. incluyendo dentro de la enumeración de títulos ejecutivos a los documentos electrónicos privados y a las facturas electrónicas y remitos electrónicos que hubieren sido firmados con firma electrónica avanzada conforme lo dispuesto por la Ley 18.600. De esta forma, por primera vez, se incorpora al Código General del Proceso la noción de documento o instrumento electrónico²¹.

21 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º turno, sentencia 14/2019 “Desde el punto de vista de su valoración pro-

3.2.2 El documento digital o electrónico escrito – Concepto – Forma de agregación al proceso.

El Código General del Proceso, siguiendo los lineamientos de la doctrina y jurisprudencia consagra un concepto amplio de documento, concibiéndolo como todo objeto producto de la actividad humana, dotado de función representativa de ciertos hechos, que sirve por ello como medio para probar esos hechos²².

VESCOVI²³ y coautores (1998) señalan como elementos que definen al documento los siguientes: a) que se trate de un objeto, de una cosa o entidad material; b) que esté dotado de aptitud representativa y c) que sea preexistente a su incorporación como prueba al proceso.

En cuanto a la entidad material expresan que: *“La materialidad del documento consiste en definitiva en un soporte físico de la idea o contenido representado. Antiguamente, ese soporte era la piedra, donde el hombre grababa las imágenes que deseaba transmitir, desde la pintura rupestre hasta los documentos pétreos como las pirámides, decorados de tumbas, etcétera. (...) Pero el desarrollo de la ciencia y de la tecnología ha proporcionado a la humanidad múltiples formas a través de las cuales elaborar documentos: fotografías, planimetría, cintas magnetofónicas y de video, microfilmes, impresos de fax, disquetes, etc. Que han devenido en soportes harto idóneos y frecuentemente utilizados”*.

Concluyen: *“Cualquiera sea el objeto para construir un documento, lo esencial es su utilidad para plasmar en él la memoria de algún suceso, reflejar distintos aspectos de la vida social y jurídica o comunicar ideas, pensamientos o sensaciones”*.

DELPIAZZO²⁴ señala que la única diferencia entre el documento escrito tradicional y el electrónico es que el medio utilizado para su confección material, para darle corporeidad, es un medio magnético.

A nivel de derecho comparado se han elaborado distintas definiciones de documento digital.

GUIMARAES²⁵ analiza el documento digital desde dos ángulos diferentes. Expresa

batoria, entendemos que la e- factura puede ser aceptada en el proceso, inscribiéndose dentro del medio de prueba documental (documentos, art. 146.1 C.G.P.). No se trata de un medio de prueba prohibido por la ley y si se entendiera que no reúne las calidades suficientes para erigirse en instrumento o documento, estaría comprendida en el art. 146.2 C.G.P., aplicándosele, por analogía, las disposiciones sobre prueba documental”. La misma posición sostuvo el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en sentencia SEF-0009-000080/2015. Disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

22 VESCOVI, E. y coautores, ob cit, Tomo 5, pp 134

23 VESCOVI, E y coautores, ob cit, Tomo 5, pp 134 -135.

24 DELPIAZZO, Carlos, (2002) *“El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay”*, XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 726. En el mismo sentido se pronuncia GONZÁLEZ, MARÍA EUGENIA (2017), *Documento digital ¿Cómo se incorpora un documento digital al proceso?* Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La prueba en el Proceso, La Ley Uruguay, pp. 521.

25 GUIMARAES, Darci ob cit pp. 530. El autor brasileño distingue entre documentos digitales, electrónicos y virtuales, entiende que si bien los dos conceptos son empleados como sinónimos, no deben ser confundidos. Expresa que todo documento digital es un documento electrónico, pero no todo documento electrónico es digital, porque el electrónico puede ser accedido e interpretado por medio de un equipo electrónico que registra en formato analógico o en dígitos

que, en sentido amplio, puede ser comprendido como una secuencia de “bits” que traducida por medio de un determinado programa de computación sea representativa de un hecho. Y en sentido estricto, el documento digital, -en posición que adopta la legislación española-, sería la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado.

Por su parte, PAGES LLOVERAS²⁶ expresa: “... el concepto de documento electrónico o digital queda incluido en la noción de documento en sentido amplio, como referido a todo objeto susceptible de representar una determinada manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esta representación se exterioriza”.

En función de las definiciones citadas y atendiendo a los conceptos delimitados en las leyes sancionadas en los últimos años y especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 18.600²⁷ podemos afirmar que el documento electrónico es una especie dentro del género prueba documental.

La referida ley consagra la admisibilidad, en sentido amplio de los instrumentos electrónicos públicos y privados en formato digital²⁸.

El artículo 8 se pronuncia expresamente sobre la posibilidad de confeccionar instrumentos electrónicos públicos y privados, que tendrán análoga tasa legal que los instrumentos públicos o privados autenticados en soporte papel cuando tengan “firma electrónica avanzada”²⁹.

Para que el documento además haga fe respecto de su fecha, ésta debe estar inserta en el documento a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado.

La firma electrónica avanzada es una firma creada por un sistema técnico de creación de firmas emitido por un Prestador de Servicios de Certificación acreditado ante la Unidad de Certificación Electrónica (art. 2 inc. K de la ley)³⁰.

binarios, mientras que en el documento digital su codificación es siempre binaria y será accedido y descifrado por medio de un sistema computacional. También distingue el documento digital del virtual, ya que entiende que el digital es una tecnología contraria a analógica, mientras que virtual es un concepto en el que una situación real es simulada a través de una computadora.

26 PAGES LLOVERAS, ob cit pp. 544

27 El art. 2 de la ley 18.600 establece que: “...se entenderá por firma electrónica los datos en forma electrónica anexos a un documento electrónico o asociados de manera lógica con el mismo, utilizado por el firmante como medio de identificación, y por firma electrónica avanzada: “la firma electrónica que cumple los siguientes requisitos: 1) Requerir información de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca, 2) ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control, 3) ser susceptible de verificación por terceros, 4) estar vinculada a un documento electrónico de tal modo que cualquier alteración subsiguiente en el mismo sea detectable; y 5) haber sido creada utilizando un dispositivo de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma”.

28 El art. 1 de la Ley 18.600 dispone que: “Queda reconocida la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas del documento electrónico y de la firma electrónica.

29 El artículo 1574 del Código Civil dispone que todo instrumento público hace plena fe mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad. En el mismo sentido, el art. 170 del CGP establece que el documento público se presume auténtico mientras no se demuestre lo contrario mediante tacha de falsedad.

30 Ley 18600, art. 2 literal k, establece que la firma electrónica debe reunir los siguientes requisitos: requerir información

Los prestadores de servicios acreditados pueden ser personas físicas o jurídicas constituidas y domiciliadas en Uruguay, que presenten garantía económica y solvencia suficiente para la prestación de los servicios, debiendo contar con personal calificado tanto en lo que hace a la prestación de servicios, seguridad y gestión, así como utilizar las herramientas y los estándares indicados por la UCE.

De esta manera la ley está regulando una nueva forma de autenticación de los documentos, mediante la certificación de firmas, que atendiendo a la naturaleza digital del documento, en lugar de ser realizadas por un profesional escribano, es realizada por prestadores de servicios de certificación acreditados.

En opinión de DE HEGEDUS Y SEINES³¹ existen amplias garantías en cuanto a la seguridad digital y a la identidad del otorgante, reuniendo los estándares técnicos necesarios para garantizar la seguridad, calidad y plena validez de la firma electrónica avanzada. Destacan las autoras que: *“En la criptografía asimétrica existen dos claves, una es pública y la otra es privada. La clave pública es conocida por todos mientras que la clave privada es conocida únicamente por el titular. La clave privada es utilizada únicamente por el firmante para suscribir un documento. El receptor del documento accede a él mediante la clave pública correspondiente y puede identificar al firmante. Adicionalmente, la clave pública es la clave que permite acceder a los documentos firmados electrónicamente.”* Y concluyen: *“(…) un documento electrónico firmado con un certificado garantiza: - La autenticidad de las personas y entidades que intervienen en el intercambio de información. - La integridad de la información intercambiada, asegurando que no se produce ninguna manipulación de datos. - El no repudio, que garantiza al titular del certificado que nadie más que él puede generar una firma vinculada a su certificado y le imposibilita a negar su titularidad en los documentos o mensajes que haya firmado”*.

El documento electrónico con firma electrónica no avanzada o común, se equipara en cuanto a su valor probatorio al documento privado. De acuerdo a lo que establece el art. 5 de la Ley 18.600, la firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se opongá el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa. Y en caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez.

En función de las previsiones legales y atendiendo a los conceptos brindados por la doctrina se entiende que el documento electrónico es una especie dentro del género *“prueba documental”*, por lo cual resultarían aplicables a dichos documentos – siempre que cumplan los requisitos establecidos en la ley- las disposiciones sobre prueba documental establecidas en el Código General del Proceso.

de exclusivo conocimiento del firmante, permitiendo su identificación unívoca; ser creada por medios que el firmante pueda mantener bajo su exclusivo control; ser susceptible de verificación por terceros; estar vinculada a un documento electrónico de creación de firma técnicamente seguro y confiable y estar basada en un certificado reconocido válido al momento de la firma.

31 DE HEGEDUS, Margarita y SEINES, Valeria, (2018) Informe Nacional para la II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 383 - 385.

Ahora bien, la aplicación al documento electrónico del régimen de prueba documental previsto en el CGP no está exenta de dificultades en función de las marcadas diferencias existentes entre el documento escrito y el digital.

La primera gran diferencia es que el documento digital es incorpóreo, no está plasmado en un formato papel, lo cual nos plantea el problema relativo a su forma de agregación. La legislación extraprocesal que regula estos documentos no hace una sola referencia a la manera en que se incorporan materialmente al proceso jurisdiccional.

Por lo cual nos planteamos: ¿cómo se adjunta el documento digital al expediente? ¿se archiva y agrega en un pen drive? ¿puede ser enviado por correo electrónico de la oficina pública o privada donde se encuentra archivado a una casilla del Poder Judicial identificando el expediente donde se agregará?

Como dijimos anteriormente, la única norma de carácter procesal referida a la prueba digital es La Ley 19.671, que habilita el ingreso como título ejecutivo a los documentos electrónicos privados y a las facturas electrónicas y remitos electrónicos que hubieren sido firmados con firma electrónica avanzada³². En este caso, el legislador refiere a la agregación de la impresión en papel de los documentos digitales, lo cual podría aplicarse por analogía a toda clase de documento electrónico.

Ahora bien, en la solución brindada por el legislador para el título ejecutivo electrónico, el documento no se agregaría en su formato original lo que lógicamente lo desnaturaliza.

Seguramente la solución adoptada responde al hecho de que nuestro sistema judicial no cuenta aún con un expediente electrónico por lo cual no resulta posible incorporar la prueba en formato digital y determina la necesidad de reproducir los documentos en formato papel³³.

Por lo cual, a los efectos de determinar la forma en que incorporamos un documento digital al proceso debemos recurrir a las disposiciones que regulan la prueba documental, esto es, artículos 72 y 165 del C.G.P.

32 La Ley 19.671 en su único artículo dispone que: *También se encuentran comprendidos las representaciones impresas en papel de dichas facturas o remitos electrónicos, firmados de manera autógrafa*.

33 LANDEIRA, Raquel, (2011), *La Modernización de la Gestión de la Justicia Civil en Uruguay, Modernización de la Justicia Civil*, Montevideo, Universidad de Montevideo, pp. 691 – 705.

Pese a los importantes avances realizados por el Poder Judicial en la incorporación de las nuevas tecnologías en el proceso, aun no se ha regulado la tramitación del expediente electrónico. No obstante se han incorporado al sistema judicial soluciones muy positivas a nivel electrónico o informático. Así, la Ley 18.237 autorizó el uso del expediente electrónico, documento electrónico, firma electrónica, firma digital, comunicaciones electrónicas, domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que tramitan ante el Poder Judicial, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. La Suprema de Corte de Justicia reglamentó y luego se comenzaron a utilizar el domicilio electrónico, las comunicaciones electrónicas, las firmas electrónicas en la gestión interna expediente por las oficinas judiciales estando pendiente la reglamentación e incorporación del expediente electrónico. También se creó una Oficina de Recepción y Distribución de Asuntos (ORDA), que centraliza el ingreso de expedientes judiciales en Montevideo a fin de asignar tribunales y fiscalías, a través de un sistema aleatorio, que opera por medios informáticos y proporciona el número de identificación única de expediente (Acordada 7.707 de la SCJ). Otro importante avance fue la habilitación de la Consulta vía web de la tramitación de los procesos que permite al usuario del sistema de justicia acceder a través de un servicio de consulta en línea, a los movimientos que registra el expediente desde su inicio mediante el número de identificación única del expediente. Se han instalado terminales de autoconsulta en diversas sedes judiciales, a fin de que los usuarios puedan acceder de forma gratuita a la información necesaria, contribuyendo a la transparencia de la gestión, descongestionando las oficinas judiciales.

En primer lugar, quien desee servirse de un documento como prueba, tiene la carga de acompañarlo materialmente en los actos de proposición o en las otras oportunidades que la ley admite. La previsión legal responde naturalmente a la naturaleza material del documento escrito el cual permite la agregación física del mismo adjuntándolo a los respectivos escritos.

En segundo lugar, de conformidad con el art. 72 del CGP la parte tiene la carga de agregar el documento original o facsímil legalmente autenticado, por vía notarial, legalizado o traducido si correspondiere, sin perjuicio de la facultad que tiene el tribunal de solicitar la agregación del original, glosándose el documento con anterioridad al escrito que contiene el ofrecimiento de su incorporación³⁴.

En el caso del documento digital, en función de que no se encuentra registrado en soporte papel, podría agregarse en el dispositivo o soporte adecuado, por ejemplo acompañando el “*pen drive*” o dispositivo similar, utilizando el receptáculo que resulte adecuado a la naturaleza del documento. A ello se agrega que deberían adoptarse todas las diligencias necesarias para garantizar su autenticidad, preservación y evitar su pérdida; como solicitar que se deposite en la caja de seguridad del tribunal o aportarlo en un sobre cerrado y lacrado e intervenido por Escribano Público y que se una por cordón al expediente³⁵.

En derecho comparado se han sancionado normas que especialmente contemplan la admisibilidad y la forma de agregación de las pruebas electrónicas o digitales.

Así, en España la LEC 2000 en su art. 382 dispone que: *“Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. Al proponer esta prueba, la parte podrá acompañar en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso. La parte que proponga este medio de prueba podrá aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. También las otras partes podrán aportar dictámenes y medios de prueba cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido”*.

En Ecuador, el artículo 202 del Código Orgánico General de Procesos, además de reconocer la validez de los documentos digitales y la admisibilidad de todo contenido digital, dispone que serán considerados originales para todos los efectos legales, señalando que los documentos originales escaneados, serán conservados por la o el titular y presentados en la audiencia de juicio o cuando la o el juzgador lo solicite y que las reproducciones digitalizadas o escaneadas que se agreguen al expediente electrónico tienen la misma fuerza probatoria del original.

34 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso... Tomo 5, pp. 154

35 VESCOVI y coautores, Código General del Proceso... Tomo 5, pp. 155.

La LEC 2000 vigente en España establece en el artículo 383 un sistema para garantizar la inmaculación de la prueba agregada en soporte digital. Así dispone que: *“1. De los actos que se realicen en aplicación del artículo anterior se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados o las pruebas practicadas. El tribunal podrá acordar mediante providencia que se realice una transcripción literal de las palabras y voces filmadas o grabadas, siempre que sea de relevancia para el caso, la cual se unirá al acta. 2. El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el Secretario judicial, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones. Concordancias legales: Artículo 146, en relación con la documentación de las actuaciones”*.

3.2.3 Otras pruebas digitales – Forma de agregación – Producción y control de admisibilidad.

Los medios electrónicos han evolucionado a formas multimedia que exorbitan el concepto de documento electrónico que venimos de analizar.

La mayor parte de la prueba en formato digital no reúne los requisitos establecidos por las leyes que regulan los documentos electrónicos por lo que se plantea si podrían ser admitidos como prueba documental o como medios de prueba no previstos

Entre las pruebas digitales más comunes encontramos los registros o datos creados digitalmente, comunicaciones digitales y mensajería instantánea como “e – mails”, “SMS”, “whatsapp”, imágenes digitales como fotos y videos, archivos de “software” especializados o bases de datos, entre otros, todos ellos almacenados de manera intangible.

Por ejemplo, en el caso del correo electrónico el original será el que se encuentre en el disco duro del procesador o en la memoria “RAM” del “PC” en el que se registró el documento, por lo cual los correos resultan indisponibles físicamente, salvo a través de su impresión³⁶.

¿Qué régimen procesal resulta aplicable a estas pruebas digitales o electrónicas?

COUTURE³⁷ expresaba que: “Cuando se trata de fijar el régimen procesal de los diversos medios de prueba no especialmente previstos, se hace necesario asimilarlos a los especialmente previstos. Así, la impresión dactiloscópica, la fotografía, la radiografía, se rigen por los principios de prueba documental, es, asimismo, un documento en sentido amplio, el disco sensible en que se ha grabado una voz, un ruido o un período musical, la prueba hematológica, la autopsia y la misma radiografía (en cuanto representaciones a interpretar), caen dentro del campo de la prueba pericial, etc.”.

El pensamiento de Couture, fue el seguido por los codificadores al establecer en el art. 146.2 del CGP que ante medios de prueba no previstos (siempre que no resulten prohibidos por la regla de derecho) se aplicarán analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos.

También se ha postulado por la doctrina que la prueba digital no escrita, en sus múltiples presentaciones, audios, imágenes, filmaciones, queda comprendida en el concepto de prueba documental en función de la alocución “otros similares” establecida en el art. 175.1 del CGP.

A nuestro entender ambas posiciones arriban prácticamente a la misma solución, ya que si consideramos que la prueba digital está comprendida en la documental, aplica-

36 GUIMARAES, Darci, ob cit pp 531- 532. El autor entiende que existen dos modalidades básicas para analizar las especies de documentos digitales. Por un lado estarían:“(…) los datos o informaciones almacenados en un dispositivo electrónico” y por otro “(…)los que son transmitidos por cualesquiera redes de comunicación abiertas o restringidas como Internet, telefonía fija y móvil u otras”. Agrega: “Dentro de esta perspectiva destaco el correo electrónico, la página web, el documento informático y el SMS. El documento informático, al mismo tiempo que es una especie de la categoría general del documento electrónico, sí constituye un género del correo electrónico, la página web y el SMS. Inicialmente cumple esclarecer que el documento no puede ser confundido con su soporte, que es uno de sus elementos integrantes entre los cuales son más conocidos el pen drive, el CD-ROM y los discos DVD.”

37 COUTURE, E. J, ob cit pp. 263

remos en forma directa las normas que regulan dicho medio de prueba; en cambio, si la consideramos un medio de prueba no previsto aplicaremos por analogía las disposiciones que regulan la prueba documental por ser el medio de prueba con el cual tienen mayor similitud³⁸.

Por lo cual, sea que lo consideremos un medio de prueba no previsto -de acuerdo al art. 146.2.- o, sea que se entienda que estarían incluidos en el inciso 1 del art. 175 como documentos no manuscritos, quedando comprendidos en la expresión “*otros similares*”, llegamos a la misma conclusión: que la prueba digital se regula por el régimen de la prueba documental³⁹.

Ahora bien, estas pruebas digitales plantean varios problemas adicionales.

Por un lado, su intangibilidad, que como ya vimos dificulta determinar de qué manera se incorporan a un expediente que tramita en soporte papel.

Otra dificultad surge del hecho de que pueden ser guardadas en soportes de distintas clases y estar al mismo tiempo almacenadas en diversos formatos, lo que pone en jaque la noción de documento original.

Si apliquemos a la prueba digital el estatuto de la prueba documental, en función de las normas que regulan la forma de agregación (arts. 165 y 72.1) deberíamos agregar el documento original.

Al respecto señala PAGÉS LLOVERAS⁴⁰ como característica de la información contenida en el documento digital, su intangibilidad e inmaterialidad; la posibilidad de que la información contenida en formato electrónico es reproducible fácilmente ya que se pueden realizar múltiples copias prácticamente idénticas, lo cual diluye la diferencia entre originales y copias.

Por su parte, CARINA GOMEZ FRODE⁴¹ destaca la volatilidad y la facilidad para la manipulación de la prueba digital, lo que la hace vulnerable, además de intangible, lo que determina que las modificaciones que se produzcan sean fácilmente detectables.

Estas características particulares de la prueba digital nos interpelan en cuanto a la forma en que sería conveniente incorporarlas al proceso para conservar su legitimidad como documento digital y al mismo tiempo asegurar su autenticidad e inmaculación.

38 ABAL, Alejandro. (2014) *Derecho Procesal*, tomo IV, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 46. GARÍN, Sandra (2016) “*Reflexiones sobre la incorporación de prueba electrónica al proceso civil*”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2016, Fundación de Cultura Universitaria (2017), p. 94. Los autores parten de distinguir los conceptos de fuente y medio de prueba, criterio que no entendemos no ha sido recogido por el Código General del Proceso.

39 Esta posición fue adoptada por la Dra. Doris Morales integrante del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno, en su discordia a la sentencia número 398/2017 “...si bien ha sido objeto de discusión doctrinaria, determinar si la prueba emergente de medios tecnológicos, entre los que podemos incluir una filmación como la de autos, ingresa al proceso al amparo del artículo 146.2 CGP o directamente como prueba documental y según la descripción del artículo 175 CGP, parecería que finalmente la discusión sería ociosa en algunos, en la medida que de estar a ambas disposiciones, la solución final sería la misma en cuanto a las normas que serían aplicables, en tanto el artículo 146.2 CGP, dice que, de tratarse de un medio no prohibido por la ley, se aplicarán las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley, por lo que la búsqueda de esas normas, necesariamente llevará a la posibilidad de que se atienda a aquellas que regulan la prueba documental”: Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

40 PAGÉS LLOVERAS, ob cit pp. 543

41 GOMEZ FRODE, ob cit pp. 371

En la práctica forense advertimos que la prueba digital se ofrece y agrega en un formato que no puede ser considerado original. Así se agregan impresos o transcritos los correos electrónicos, los audios, las conversaciones enviadas por mensajes de texto o “whatsapp”. De esta forma se modifica la prueba digital a un formato no original, en un documento privado desvirtuando su naturaleza y facilitando la posibilidad de pensar en la posibilidad de adulteraciones o modificaciones.

En lo que refiere al ofrecimiento y aportación al proceso, la procesalista mexicana GOMEZ FRODE⁴² propone diversas soluciones. Así expresa: *“Los documentos digitales deben de ofrecerse o aportarse en forma electrónica, es decir, es un formato original como lo es un USB, un CD, indicando el ordenador o computadora de dónde proceden. Existe además la posibilidad de certificar electrónicamente la prueba por un prestador de servicios de certificación, con lo cual se garantiza la autenticidad e integridad del documento. La firma electrónica está vinculada al firmante de manera única, se crea utilizando medios que aquel puede mantener bajo su control exclusivo. La firma digital garantiza la autenticidad e integridad del documento, así como posibilita detectar cualquier cambio o alteración del documento digital. Los sellos de tiempo son otra de las actividades relacionadas con la prueba digital. El sellado de tiempo Timestamping de acuerdo a estándares internacionales, es un mecanismo on line que permite demostrar que una serie de datos han existido y no han sido alterados desde un instancia específico en el tiempo. Será recomendable para el que ofrezca la prueba presentarla en original o mediante una copia autenticada por fedatario público, obtener el certificado electrónico por un prestador de servicios de certificación, designar el equipo en donde se encuentra facilitando los datos para su identificación”*.

“(…) Si bien es admisible la transcripción y presentación de una prueba digital, la exhibición de esa prueba debería limitarse a facilitar la lectura y valoración, sin embargo para otorgarle mayor valor probatorio sería recomendarla acompañarla en su caso con el dispositivo electrónico correspondiente”.

Analizando la legislación argentina PAGÉS LLOVERAS⁴³ expresa: *“Con relación a su ofrecimiento, se debe tener en cuenta que –por ejemplo – el original de un mensaje de SMS, Was-sap, Facebook, Skype e-mail, o de cualquier registro telemático, es el que circula en la red y puede ser leído en una computadora, Smartphone (teléfono inteligente) iPad, o Tablet”*.

“Por ende, lo que se acompaña en la demanda, contestación de demanda, o reconvencción, si el documento electrónico se encentra en poder de la parte que lo ofrece, es –por lo general – un documento archivado en un dispositivo de almacenamiento electrónico (disquete, disco rígido, pendrive, CD Rom, DVD, etc.) y/o su impresión en soporte papel aun cuando la impresión de un e-mail no acredita –en principio– su envío desde la cuenta de correo de la parte contraria puesto que podría ser manipulado”.

“Tratándose de documento electrónico, lo adecuado sería presentarlo en la misma forma en que fue creado. No sería admisible por tanto la copia impresa en papel ya que se entiende que ésta es la simple reproducción de otro documento que fue creado y almacenado electrónicamente. La forma como se extraiga la copia del documento dependerá de la habilidad y el conocimiento de la persona que realice la copia del documento”.

42 GOMEZ FRODE, ob cit pp. 371

43 PAGES LLOVERAS, ob cit, pp. 544 - 545

“Debe garantizar la inmaculación y el almacenamiento utilizado; el cual, en todo caso, debe ser de aquellos que no permitan su re escrituración posterior. La confiabilidad hace referencia a tres aspectos fundamentales de la prueba electrónica documental como son: i) la forma como se generó; ii) la forma en que el documento es conservado; y iii) la identificación de quien generó el documento. La inalterabilidad del documento electrónico se garantiza mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, y mediante adecuado manejo de las reglas de cadena de custodia. La rastreabilidad significa la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del documento electrónico con fines de verificación de su originalidad y su autenticidad”.

El procesalista argentino propone como solución para la agregación de la prueba digital: *“Para adjuntar al proceso un documento electrónico en su forma original, debe ser incorporado en un contenedor apto para su transporte y posterior acceso, como puede ser un disco compacto no regrabable, o cualquier medio idóneo que no permita su modificación y así garantizar los principios de inalterabilidad e idoneidad, para permitir la asunción y posterior valoración del mismo. Debe ser extraído del ordenado o del medio que lo contenga utilizando técnicas y tecnologías apropiadas para el aseguramiento de la prueba digital y el respeto de la cadena de custodia. Si se adjunta su texto impreso, es conveniente aportar los correos electrónicos completos, es decir, aportando el texto junto con su encabezamiento, en el que conste el destinatario, remitente, asunto, hora, fecha, etc.”.*

En la doctrina nacional GONZÁLEZ⁴⁴ (2017) destaca que: *“En la práctica se observa la agregación al proceso de una impresión del documento digital que se acompaña con el acto escrito de su proposición o en la propia audiencia cuando se lo ofrece, se realiza su presentación en ese formato. En materia de correos electrónicos es frecuente la agregación de una copia impresa del e-mail recibido cuya autoría se atribuye a la contraria, lo cual si no es objeto de desconocimiento o impugnación de ésta –que en general no ocurre- se incorpora al proceso. Asimismo, los tribunales han demostrado flexibilidad a la hora de admitir estos documentos cuyo procedimiento de incorporación no surge regulado a texto expreso, y con carácter general, no se han registrado observaciones formuladas de oficio referentes a esta forma de presentación del documento digital, aún en supuestos que no refieren a documentos emanados de las partes, por ejemplo, la copia impresa de un boleto electrónico para acreditar la inasistencia de un testigo a una audiencia”.*

VALENTIN y PINTOS⁴⁵ han sido críticos con los mecanismos usuales de la práctica forense para la agregación de estas pruebas postulando dos vías para la incorporación

44 GONZÁLEZ, M. E., ob cit pp. 528.

45 PINTOS, Alejandro y VALENTÍN, Gabriel, (2002) *La prueba documental frente a las nuevas tecnologías*, XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, XI Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, pp. 820. HERNÁNDEZ, Yanina (2017), *“Los e-mails como fuente de prueba y medio de prueba para su incorporación al proceso”*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 2/2016, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 98. La autora sostiene que: *“... el e-mail (o correo electrónico) es una variedad del documento electrónico por lo que se encuentra amparado en la Ley N° 18.600; dado entonces que se trata en fin de un documento se rige a su vez por las disposiciones establecidas en el C.G.P. por cuanto se pretende integrar al proceso un documento como medio probatorio. Pues de ello surge que, el mismo debe ser presentado como lo establece el art. 72, en su original o facsímil, requisito que no es cumplido por la mayoría de quienes invocan este medio prueba, dado que habitualmente el e-mail es incorporado al proceso en soporte papel. Para que dicha incorporación sea totalmente efectiva debe llevarse a cabo por cualquiera de los siguientes supuestos: a través de la protocolización de un Escribano, a través de una inspección judicial o por medio de un peritaje. Ellas son las maneras más visibles para cumplir con la admisibilidad del documento”.* GARÍN, Sandra (2016) *“Reflexiones sobre la incorporación de prueba electrónica al proceso civil”*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1/2016, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, pp. 106. La autora postula la agregación de las impresiones de los correos electrónicos ya que no es posible agregar los originales de los documentos electrónicos y tampoco *“copias fieles en los términos establecidos por el CGP –artículo 72.1-(porque el escribano no puede dar fe de la integridad de un documento electrónico)”.*

al proceso de estos documentos: a través de una intervención notarial, en la que el escribano o notario realiza una constatación y a través de una inspección judicial.

Entendemos que la modalidad propuesta es discutible, por un lado, porque desnaturaliza la prueba al llevarla a formato papel, y por otro, porque atendiendo a la utilización masiva de las nuevas tecnologías, resultaría poco práctico la realización de permanentes inspecciones judiciales en computadoras u ordenadores.

Otra de las dificultades que se plantea en torno a la prueba digital refiere a determinar cuándo el tribunal está en condiciones de pronunciarse acerca de la admisibilidad, situación que no se presenta respecto a la prueba documental en soporte papel dado que por su propia naturaleza permite vislumbrar su contenido mediante una simple lectura.

En el caso de los documentos digitales su agregación en el soporte electrónico implica que para poder conocer su contenido nos tengamos que valer de un medio tecnológico auxiliar, sin perjuicio de las transcripciones que de las mismas se hagan por los litigantes en los escritos correspondientes.

De acuerdo a nuestro ordenamiento procesal el control de admisibilidad de la prueba por el tribunal se realiza en Audiencia (art. 341 nral. 6 del CGP), en aplicación de los principios de oralidad e inmediación, consagrados en el art. 8 del CGP. En el caso de la prueba digital, para poder pronunciarse acerca de su admisibilidad, el tribunal deberá necesariamente producir o diligenciar la prueba. Esto es, en la Audiencia deberá reproducir la filmación o video o escuchar la grabación.

Resulta sumamente relevante la determinación de la oportunidad en que el tribunal se pronunciará sobre la admisibilidad de la prueba digital, porque una vez que ésta se incorpora jurídicamente al proceso, nace la carga para las partes de pronunciarse o desconocer su autenticidad, contenido o autoría.

Por lo cual entendemos que para garantizar el derecho de las partes a controlar el contenido de la prueba y para permitir que el tribunal analice su admisibilidad la prueba tiene que ser producida o diligenciada en forma previa a que el tribunal disponga su incorporación jurídica al proceso.

Se ha planteado también la posibilidad de que para producir la prueba sea necesario proporcionar al tribunal las herramientas que posibiliten el diligenciamiento así como proponer colaboración de asesores técnicos informáticos a efectos de acceder a datos adicionales ocultos a simple vista pero accesibles con conocimientos técnicos, que pueden determinar el emisor de la información y su ruta⁴⁶.

En este sentido expresa GOMEZ FRODE⁴⁷: *“En mucho países son aplicables las reglas procesales generales sobre la actividad probatoria, entre ellas, la consistente en apercebir al oferente a proporcionar los medios de producción de instrumentos de filmación, grabación o semejantes ante el tribunal, a efecto de que las imágenes y sonidos sean captados directamente por el juez.”*

46 PAGES LLOVERAS, Roberto, ob cit pp. 552

47 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 373

En este sentido nuestro Código General del Proceso establece en el art. 142 que las partes tienen el deber de prestar la colaboración del buen litigante para la efectiva y adecuada producción de la prueba, y que cualquier incumplimiento injustificado generará una presunción simple en contra, por lo cual se constituye en una carga para la parte que ofrece la prueba digital dotar al tribunal de los elementos necesarios para lograr un adecuado diligenciamiento de la misma.

En lo que refiere a la producción o diligenciamiento pues, las pruebas digitales, de acuerdo a lo establecido en el art. 142.1 del CGP, deberán ser producidas en audiencia y ante la presencia del tribunal, respetando los principios de oralidad, contradicción, concentración, publicidad e intermediación, así como los principios de integridad, autenticidad, confidencialidad y claridad⁴⁸.

3.3. Licitud de la prueba digital y derechos constitucionales.

La irrupción de las nuevas tecnologías ha producido sin duda una invasión en la esfera íntima de las personas. En la actualidad, tanto en espacios públicos como privados, se instalan cámaras de filmación que registran hechos y acontecimientos sin conocimiento y consentimiento de los involucrados.

Asimismo, la sofisticación de los dispositivos electrónicos permite registrar de manera muy simple imágenes y diálogos entre los interlocutores sin que éstos se percaten de que sus dichos o actos están siendo registrados.

La incorporación de grabaciones o filmaciones al proceso ha llevado a la doctrina a plantearse si resultan admisibles en aplicación del derecho al debido proceso y su corolario de derecho a la prueba, ó si por el contrario, serían inadmisibles en función de los principios constitucionales que garantizan la intimidad y privacidad de las personas.

Ya decía VESCOVI⁴⁹ que: “(...)las modernas técnicas científicas ponen al servicio del descubrimiento de la verdad en el proceso diversos instrumentos (análisis, radiografías, grabaciones, computadoras, etc.) que permiten una mayor aproximación hacia la verdad real que la moderna ciencia procesal con su tendencia publicística procura. (...) esas modernas técnicas para poner al descubierto los hechos, para penetrar más en las esfera reservada y hasta en la propia alma humana, ponen en mayor peligro uno de los más preciados derechos, el de la intimidad, sobre cuya defensa nuestra sociedad moderna ha debido llamar la atención, y las Constituciones y hasta las normas internacionales consagran y garantizan”.

Analizando esta problemática señala ARMENTA DEU⁵⁰: “La ilicitud probatoria provocada a raíz de las actividades de búsqueda y obtención de fuentes de prueba encuentra un nuevo foco de interés en aquellas derivadas del uso de las nuevas tecnologías (...) La existencia de cámaras de filmación en el ámbito público y privado puede entrar en colisión con el derecho a la intimidad y a la propia imagen y con otros contemplados en leyes especiales”.

48 GOMEZ FRODE, Carina ob cit pp. 370

49 VESCOVI, Enrique, “Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”, La Justicia Uruguaya Tomo LXX, sección doctrina, Montevideo.

50 ARMENTA DEU, Teresa (2011) “La Prueba ilícita.(Un estudio comparado)”. Marcial Pons, Segunda edición, Madrid, pp. 90 y 91.

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en los arts. 12, 66 y 72 de la Constitución de la República, constituye una garantía inherente a la personalidad humana, y además forma parte del bloque de los derechos humanos, siendo el derecho a probar una expresión y concreción del debido proceso⁵¹.

COUTURE⁵² señala como una de las inconstitucionalidades más significativas la inconstitucionalidad por privación de prueba.

En el mismo sentido expresa DEVIS ECHANDIA⁵³ que el derecho a probar es un derecho subjetivo procesal que es indispensable para el derecho de defensa, por lo cual su desconocimiento sería inconstitucional.

Al mismo tiempo la Constitución nacional en el art. 28, siguiendo los principios franceses y norteamericanos, consagra el derecho de intimidad de los papeles y comunicaciones particulares, derecho que ha sido también reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁴.

Al respecto señala PAGÉS LLOVERAS⁵⁵ que: *“Se deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre los que es frecuente encontrar menciones al respeto de las normas sobre protección de datos personales y los derechos de los trabajadores. La fiabilidad de la prueba y su pertinencia, constituyen también requisitos que el juez debe examinar para decidir sobre la admisibilidad de la prueba electrónica determinada. Otras exigencias a considerar, cuyo respeto marcará admisibilidad o no de la prueba electrónica, son la proporcionalidad y efectividad de la misma, entendiendo a la efectividad como la capacidad para probar la alegación realidad por la parte que la ofrece”*.

Como ya lo hemos analizado, nuestro ordenamiento procesal no establece un numerus clausus de los medios de prueba y en función de lo establecido en el art. 146.2 resultan admisibles todos los medios de prueba siempre que no estén prohibidos por la norma de derecho.

Comentando esta disposición expresan VESCOVI y coautores⁵⁶ que debe interpretarse en forma amplia comprensiva de todo aquello que naturalmente se encuentra prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad, a la privacidad, etcétera, además de las disposiciones prohibitivas, existentes y las que se puedan incorporar en el futuro, debe también considerarse la prohibición que deriva de principios constitucionales.

51 RISSO FERRAND, Martín, *“El debido proceso en la Constitución uruguaya”*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano año XVII, Montevideo, pp. 117-138, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27646.pdf>

52 COUTURE, Eduardo J., (2010) *“Fundamentos de Derecho Procesal Civil”*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, pp.139.

53 DEVIS ECHANDIA, Hernando, (2012) *“Teoría general de la prueba judicial”*, tomo I, Temis, Bogotá, pp. 26 y ss.

54 Constitución de la República artículo 28: *“Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables, y nunca podrá hacerse su registro, dictamen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.”* Declaración de Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la Asamblea de las Naciones Unidas, art. 12: *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”*

55 PAGÉS LLOVERAS, Roberto, ob cit pp. 552

56 VESCOVI y coautores, ob cit, tomo 4, pp. 313.

En el mismo sentido MARINONI⁵⁷ sostiene que: “(...) la admisibilidad y la producción de prueba tiene relación con el plano de los derechos materiales y procesales. Una prueba puede ser indebidamente –ilícitamente- admitida en el proceso- en violación al derecho procesal- y una prueba ilícita en el plano del derecho material puede ser indebidamente- y mas que ilícitamente –admitida en el proceso. De otra parte, una prueba puede ser producida mediante violación del derecho material o en desprecio al derecho procesal”.

Este aspecto tiene vinculación con la exclusión probatoria que fue objeto de desarrollo hace ya varias décadas en la jurisprudencia del “common law” y en la estadounidense. El origen de la exclusión de las pruebas obtenidas infringiendo derechos o libertades fundamentales lo encontramos en la denominada “Exclusionary Rule”, aplicada en Estados Unidos, que constituye una regla jurisprudencial elaborada por la Corte Suprema de Justicia de ese país, en virtud de la cual se resolvió que las fuentes de prueba obtenidas por las fuerzas de orden público en el curso de una investigación Penal que violenten derechos y garantías procesales reconocidos en las Enmiendas Cuarta, Quinta, Sexta y Decimocuarta de la Constitución Federal, no podrán aportarse ni ser valoradas por el juez en la fase decisoria de los procesos penales federales o estatales, para determinar la culpabilidad o inocencia del acusado⁵⁸.

En el derecho iberoamericano la exclusión de la prueba se ha vinculado al concepto de prueba ilícita, la cual ha sido conceptualizada por los más prestigiosos procesalistas en términos similares.

Así, DENTI⁵⁹ expresa que: “(...) las Pruebas que se definen como ilícitas son tales en realidad, no porque violen las normas procesales, o porque choquen con la exigencia de la declaración de certeza de los hechos en el proceso, sino porque fueron obtenidas en violación de derechos protegidos por diversas normas y en primer lugar por normas constitucionales”.

DEVIS ECHANDIA⁶⁰ las define como: “Aquellas que están expresa o tácitamente prohibidas por la Ley, en cuanto al medio mismo o al procedimiento para obtenerlo o que atentan contra la moral y las buenas costumbres al respectivo medio social o contra la dignidad y la libertad de la persona humana o que violan sus derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan”.

JOAN PICÓ I. JUNOY⁶¹ define a la prueba ilícita como: “(...) aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental”.

KIELMANOVICH⁶² analiza el principio de ineficacia de la prueba ilícita y destaca

57 MARINONI GUILHERME, Luiz y CRUZ ARENHART, Sérgio, (2015) “La Prueba”, traducido por Nuñez Avila, René Luis, Thomson Reuters, Chile, pp. 282 - 283.

58 EYNER ISAZA, Henry. “La Prueba Ilícita y Sistema Iberoamericano (2014), Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, pp 25 y ss.

59 DENTI, Vittorio. (1974) “Estudios de Derecho Probatorio”, traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomas A Banzhaf (1974), Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, pp. 271

60 DEVIS ECHANDIA, H. Pruebas Judiciales (1984), Editorial ABC, Bogotá, Colombia, pp. 26

61 PICO I JUNOY, Joan. “El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil”(1996), JM Bosch Editor, Barcelona.

62 KIELMANOVICH, Jorge. “Teoría de la prueba y medios probatorios”, (1996)Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 56 y 57.

que: “No cabe admitir la prueba prohibida expresa o implícitamente por la ley (...) o válida de por sí, pero adquirida en forma ilícita (v.gr. la confesión obtenida a través de una grabación clandestina o subrepticia, o por el tormento)”.

En el mismo sentido, analizando el régimen legal español, ORTELLS RAMOS⁶³ refiere específicamente a la ilicitud por violación de derechos fundamentales (absolutos, como la vida o integridad física; pasibles de límites normativos, como los derechos a la intimidad y secreto de comunicaciones), tanto en la práctica o producción, como en la búsqueda o recolección; para concluir en la inadmisibilidad e imposibilidad de producir el efecto de la prueba, que es contribuir a formar la convicción judicial.

En la doctrina nacional VESCOVI⁶⁴ señala que: “Es prueba ilícita la que se obtiene violando derechos fundamentales de las personas. La violación se puede haber causado para la lograr la fuente de prueba o el medio probatorio”.

Y define como pruebas ilegales “(...) aquellas obtenidas con vulneración de una norma que no tiene rango constitucional, es decir de una Ley o la vulneración de un Trámite contemplado en una Norma Jurídica y las pruebas prohibidas son aquellas que están expresamente excluidas como tal por alguna disposición jurídica, no importa el rango de la norma”.

Siguiendo esta línea de pensamiento y atendiendo a lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 146.2 del CGP, en cuanto a que no podrán utilizarse medios probatorios prohibidos por la regla de derecho, no sería admisible la prueba digital, como grabaciones o filmaciones que, en su producción, se hayan infringido los principios fundamentales por haber sido obtenida por medios ilícitos, violación de domicilio, interceptación de comunicaciones o violencia.

Y ello además porque el concepto no se limita a la existencia de una norma de derecho expresa que prohíba determinada conducta, sino que la expresión “regla de derecho”, debe entenderse, en forma amplia, comprensiva de todo aquello que naturalmente se halla prohibido, como ser todo lo que atente contra los derechos de la persona, a su libertad, la privacidad, etcétera⁶⁵.

Esta ha sido en general la posición adoptada por nuestra jurisprudencia.

Así, nuestros tribunales han entendido que la prueba obtenida con la participación de quien, y contra quien se hará valer dicha prueba, sin su conocimiento ni consentimiento, debe reputarse ilícita; violatoria de derechos inherentes a la personalidad humana, tales como los derechos a la intimidad, privacidad, etc. (art. 72 de la Constitución de la República) así como vulneratoria de la moral y buenas costumbres⁶⁶.

63 ORTELLS RAMOS, Manuel. “Derecho Procesal Civil” (2004), Editorial Aranzadi S.A., España, 5ª edición, pp. 352 -354

64 VESCOVI, E, Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (1960) , La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, pp. 35 – 47.

65 VESCOVI y coautores, ob cit. Tomo 4, pp. 146-147

66 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno, sentencia No. 0005-000218/2012, disponible en <http://bjn.poderju->

En diversos fallos se afirma que una prueba obtenida por este medio resulta carente de eficacia probatoria en el plano jurídico. Esa prueba ilícita así como su efecto más próximo, conocido como la “doctrina del fruto del árbol envenenado” o “*fruit of the poisonous tree doctrine*”, configuran medios de prueba inválidos, ineficaces, totalmente improductivos a la hora de poder ser valorados por el órgano jurisdiccional para fundar una decisión, incumbiendo al Tribunal el poder-deber de impedir su incorporación al proceso, por inadmisibilidad⁶⁷.

En lo que refiere al correo electrónico la doctrina es ya unánime en cuanto a que se trata de una especie dentro del género correspondencia, una comunicación o declaración de voluntad consignada en un soporte documental que se trasmite mediante la utilización de un instrumento no tradicional de escritura y de lectura.

En la medida en que el correo electrónico se ha asimilado conceptualmente a la correspondencia, se ha planteado si a su respecto se aplicaría la prohibición de agregar un correo dirigido por una de las partes a un tercero, en función de lo dispuesto por el art. 175.2.

Los arts. 175.2 CGP y 1590 del Código Civil establecen que es prueba inadmisibile la carta misiva dirigida a un tercero, salvo las hipótesis previstas en el mismo artículo, por ejemplo en materia de estado civil de las personas, quiebras, concursos, o juicios contra el Estado y demás personas públicas.

El fundamento de esta prohibición radica en evitar la preconstitución de prueba y proteger la inviolabilidad de la correspondencia.

VESCOVI y coautores⁶⁸ señalan que por razones de política legislativa la norma excluyó como documentos admisibles las cartas misivas dirigidas a terceros, salvo las excepciones taxativamente establecidas. En su opinión la exclusión no refiere a toda carta o misiva, sino únicamente a aquella que cualquier sujeto dirige a un tercero. Agregan que tratándose de una excepción al régimen general de la prueba su interpretación debe ser estricta y no extensible por analogía mas allá del concreto supuesto contemplado por el legislador. Por lo cual, si la misiva se origina en una parte y se dirige a la otra, resulta perfectamente admisible y también lo será una carta enviada por un tercero a cualquiera de las partes. Concluyen: “(...) no será admisible una misiva enviada por una parte a otro sujeto que no lo es, ni la nota remitida entre terceros, porque en ambos casos la calidad del destinatario excluye la admisibilidad al ingresar en el específico supuesto contemplado por la norma (...)”.

En la jurisprudencia relevada encontramos una aplicación sistemática de la prohibición contenida en el apartado 2 del artículo 175 a los correos electrónicos. En virtud de lo cual se consideran ilícitos aquellos correos enviados por una de las partes a terceros ajenos al proceso o así como los correos electrónicos enviados entre terceros⁶⁹.

dicial.gub.uy/

67 Suprema Corte de Justicia, sentencia No. 496/2014 y Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, disponibles en: <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

68 VESCOVI, Enrique, *obcit*, tomo 5, pp. 262 - 262

69 En función de la asimilación entre la carta misiva y el correo electrónico, la jurisprudencia mayoritaria entiende que

VESCOVI⁷⁰ es concluyente en cuanto a la inadmisibilidad de la prueba ilegítimamente obtenida, cuando dicha ilegitimidad se funda en una norma positiva, sea o no procesal y su obtención se haya realizado con violación de esas normas, en perjuicio de las partes o de terceras personas.

Ahora bien, el tema de la exclusión probatoria y su vinculación con la prueba ilícita, ha sido considerado desde una perspectiva diferente por el procesalista peruano Giovanni PRIORI⁷¹.

El autor plantea la problemática vinculada a la prueba ilícita enfocado desde la afectación plural de derechos fundamentales. Señala que: *“La previsión de las reglas de exclusión probatoria o de reglas para resolver los problemas derivados de la prueba ilícita deben, por tanto, partir de establecer el nivel de protección que el ordenamiento jurídico brinda a cada uno de los derechos fundamentales involucrados, para arribar a una solución que brinde una adecuada protección a todos ellos. Las soluciones absolutas, es decir, todo o nada, donde una de las dos posiciones en conflicto se sacrifica en aras de dar protección a la otra considero que nos son adecuadas para resolver los problemas que implican el conflicto de dos o más derechos fundamentales.”*

Agrega: *“La forma de resolver los conflictos de dos o más derechos fundamentales parte de un dilema difícil de comprender (...) cada uno de los derechos fundamentales individualmente considerados desea alcanzar su máximo grado de protección o satisfacción, sin embargo-y en ello consiste la paradoja- el establecimiento en términos absolutos del mayor grado de satisfacción de uno de los valores constitucionales elimina, de inmediato, la posibilidad que los demás derechos constitucionales puedan alcanzar protección. Dicho de otro modo, la mayor satisfacción de un derecho fundamental afecta la posibilidad de satisfacción del otro, por ello, el reto está en hacer que todos los valores constitucionales alcancen el máximo grado de satisfacción posible. Es decir, se trata de obtener la maximización de los derechos fundamentales involucrados.”*

El planteo parte de la base de que cada uno de los derechos fundamentales tiene que obtener el máximo grado de protección posible, sin que ello suponga la anulación de la protección de otro derecho fundamental por lo cual sería perfectamente posible conciliar la mayor protección de varios derechos fundamentales a la vez, proscribiendo cualquier opción conforme a la cual se obstaculice la protección de solo un derecho en un caso concreto.⁷²

Se propone de este modo realizar una adecuada ponderación entre el derecho fundamental a la prueba y el derecho fundamental que en un proceso específico se quiere proteger, y que está siendo vulnerado con la actividad ilícita.

resulta inadmisibile el correo electrónico enviado por una de las partes a un tercero o enviada entre terceros. Ver en cuadro jurisprudencia destacada.

70 VESCOVI, Enrique, Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita (1960), La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, pp. 35 – 47.

71 PRIORI POSADA, Giovanni F. (2018). *“Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar”*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, pp. 153 a 174.

72 PRIORI POSADA, Giovanni F. ob cit pp. 154-155

Del análisis de la jurisprudencia relevada se advierte que los Tribunales a la hora de pronunciarse acerca de la admisibilidad de una prueba, que podría ser considerada ilícita, -al tener que optar entre los derechos constitucionales en pugna-, dan prioridad a los derechos de intimidad y privacidad frente al derecho a la prueba⁷³.

Ahora bien, nos preguntamos si a la luz de las nuevas tecnologías es posible flexibilizar esa postura y, siguiendo las pautas propuestas por PRIORI, resulta factible analizar en cada caso la admisibilidad de la prueba ponderando todos los derechos fundamentales involucrados sin anular ninguno de ellos.

Y ello fundamentalmente porque la prueba digital pone en jaque el derecho constitucional a la intimidad y privacidad.

En forma permanente advertimos la colocación de cámaras que filman, graban o toman imágenes en espacios públicos o privados registrando lo que allí sucede, contraponiéndose al paradigma del derecho a la intimidad.

Similar situación se puede plantear respecto a los sistemas de comunicación que permiten que un mensaje enviado a una persona, (texto, o imagen o incluso imagen y sonido), a través de sistemas electrónicos (“whatsapp”, “SMS”, correos electrónicos) sea reenviados a otras personas, circulando a muy diversos destinatarios.

En estos supuestos, podría entenderse que el sujeto emisor de la comunicación, al incluirla en un sistema de comunicación o red que posibilita la emisión a una cantidad indeterminada de sujetos, es consciente y asume el riesgo de la probabilidad cierta de que ese mensaje será difundido y llegará a personas distintas a su destinatario⁷⁴.

En esta posición se ha situado ARMENTA DEU⁷⁵ quien expresa: *“Cabe incluso grabaciones subrepticias, siempre que quien grave y difunda sea uno de los interlocutores de la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el derecho al secreto de las comunicaciones. La ilicitud en este tipo de fuentes de prueba derivará del quebranto de alguno de los presupuestos señalados como justificativos de la limitación del derecho a la intimidad, a la propia imagen o a la inviolabilidad del domicilio, del resultado del juicio de proporcionalidad y del resultado obtenido de la violación”*.

73 Ver cuadro relevamiento jurisprudencial realizado en este trabajo. Entre otras se destaca la sentencia No. 77/2018 dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>. Esta sentencia fue dictada en el marco de un proceso de restitución internacional de menores, en el cual el actor, padre de las menores, agregó como prueba una grabación de una conversación telefónica mantenida con la demandada (madre de las menores) en la cual, se dice por parte del actor que la demandada anunciaba que no regresaría a su país de residencia con las niñas y que las retendría consigo aun contra la voluntad de su padre. El Tribunal de Apelaciones de Familia rechazó la prueba ofrecida argumentando que la grabación había sido obtenida sin consentimiento de quien participó en la misma, pues no conocía el proceder de la contraria ni que sería aprovechado en juicio posterior. El Tribunal entendió que se configuraba una violación a los derechos inherentes de la personalidad humana, tales como la intimidad y la privacidad invocando en su apoyo los artículos 72 de la Constitución de la República, y 144.1 del CGP

74 En sentencia interlocutoria No. 884/2109 dictada por el Juez Letrado de lo Contencioso Administrativo 6º Turno se sostuvo que *“la irrupción de las denominadas redes sociales posibilitan el reenvío de cada mensaje, por lo cual un individuo que emite una comunicación oral, visual o escrita por esas vías (ej. whatsapp) asume que pueda “circular” y llegar a destinatarios a quienes originalmente no les remitió el mensaje.”*

75 ARMENTA DEU, Teresa. (2010). *“La Prueba Ilícita. (Un estudio comparado)”*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, pp. 90-91

Un reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia, desmarcándose de la jurisprudencia dominante, adoptó esta posición al descartar la ilicitud, basada en la violación del derecho a la intimidad, de una grabación realizada sin el consentimiento de uno de los interlocutores, ambos funcionarios públicos en ejercicio de su función, citando en su apoyo el criterio seguido por la jurisprudencia española en sentencia, del Tribunal Supremo Español del 3 de mayo de 2006, conforme al cual son admisibles las grabaciones subrepticias, siempre que quien grabe y difunda sea uno de los interlocutores en la comunicación, por no entenderse vulnerado en tal caso el secreto de las comunicaciones⁷⁶.

3.4. Admisibilidad de la prueba digital. Panorama jurisprudencial

Del relevamiento jurisprudencial realizado se advierte que, en general, la jurisprudencia se ha pronunciado en sentido favorable en cuanto a la admisión de la prueba digital o informática, en consideración a la amplitud de la regulación de los medios de prueba que surge de los arts. 146 numeral 2 y 175 numeral 1 del CGP y fundamentalmente en función del que el art. 146 admite la utilización de otros medios probatorios no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley.

En lo que refiere al correo electrónico, se advierte, que su ofrecimiento como medio de prueba es muy frecuente para acreditar la existencia de múltiples hechos o vínculos de naturaleza contractual, como ser la celebración de un contrato de arrendamiento de obra, la comunicación del consentimiento para la contratación de adicionales de obra en contrato de construcción, acreditar el pago de honorarios profesionales, perfeccionar una compraventa, emitir el consentimiento para la celebración de un contrato de corretaje, acreditar la notoria mala conducta en el ámbito laboral, entre muchas otros. De esta forma, el correo electrónico, queda incluido como una especie dentro del género correspondencia, esto es, una comunicación o declaración de voluntad consignada en un soporte documental, que se expresa a través de un medio de escritura⁷⁷.

En la jurisprudencia consultada se advierte que a medida que este modo de comunicación se fue haciendo cada vez más masivo y a que el propio avance tecnológico asegura la fidelidad de su contenido, los requisitos formales para admitir su agregación fueron reduciéndose sensiblemente.

Por lo cual cada vez con mayor frecuencia se incorpora al expediente la impresión en papel de correos electrónicos como prueba documental, sin perjuicio de la posibilidad de que sea impugnado por la parte a quien se le imputa la autoría, y sin perjuicio de la valoración que realiza el tribunal al dictar sentencia⁷⁸.

76 Sentencia No. 1.153/2019 dictada el 30 de mayo de 2019 por la Suprema Corte de Justicia disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

77 El Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 6° Turno en sentencia No. 63/2013 se pronunció admitiendo que en el área de consentimiento de contratos a distancia realizado por medios electrónicos no hay una alteración fundamental de las grandes líneas del negocio jurídico y de los marcos positivos nacionales “Simplemente se presenta una nueva forma de almacenar signos representativos de manifestaciones volitivas negociales” disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

78 Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 6° Turno, sentencia No. 63/2013. “El correo electrónico privado, como medio de prueba resulta admisible conforme a lo preceptuado por el art.175 del C.G.P., como surge del giro utilizado ‘y otros similares...’. El documento privado prevé mecanismos para su autenticación, los que rigen respecto también del correo electrónico, en

Como ya lo analizamos, en la medida en que el correo electrónico se ha asimilado conceptualmente a la correspondencia, en aplicación de los arts. 175.2 del CGP y 1590 del Código Civil la jurisprudencia ha sostenido que resulta prueba inadmisibles el correo electrónico dirigido a un tercero, salvo las hipótesis previstas en el mismo artículo, por ejemplo en materia de estado civil de las personas, quiebras, concursos, o juicios contra el Estado y demás personas públicas⁷⁹.

La jurisprudencia también se ha mostrado proclive a admitir la agregación de documentos o grabaciones que registran el envío de mensajes de texto expedidos a través de teléfonos celulares o mensajes whatsapp. La información enviada a través de este medio de comunicación es ofrecida de manera frecuente en procesos laborales y de familia como manera de acreditar la existencia de acoso laboral, notoria mala conducta, violencia familiar o de género⁸⁰.

En cuanto a la manera de agregar los mensajes de texto o SMS enviados por whatsapp, almacenados en un dispositivo móvil, también se advierten diversas formas que van desde la simple impresión en papel hasta la intervención notarial a través de la protocolización y expedición de un acta de comprobación a fin de preservar la fecha y autenticidad de la información, dejando constancia el escribano del texto que surge del dispositivo, su transcripción, número del cual emanan y número al cual van dirigidos.

En lo que refiere a la página web, si bien se encuentran fallos jurisprudenciales que rechazan su agregación en forma impresa por no poder verificarse su autenticidad sin la intervención de un perito, en general, la jurisprudencia ha postulado un criterio amplio en cuanto al modo de su incorporación admitiendo que se proceda de esa forma, sin perjuicio de su valoración en caso de que se cuestione su autenticidad⁸¹.

cuanto considerado como documento (arts.170 a 174 del C.G.P.). Pero la incorporación de correos electrónicos al proceso impresos, presenta problemas prácticos en cuanto a la agregación del original, por la intangibilidad del soporte, y es así que se ha observado en el devenir forense, que las partes han acudido a la intervención notarial y la inspección judicial de la casilla de correo, que han resultado como las técnicas más apropiadas a sus efectos. No obstante ello, cuando se trata de los emanados de la contraria, el no desconocimiento en plazo, de su impresión, podrá permitir considerarlos auténticos (Cfm. "El correo electrónico como prueba documental" - Lucía Berro, Ileana Borbonet, Romina Romero, en Revista de Derecho y Tribunales, págs.175-187)."

79 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, en sentencia No. 81/2011, en un caso en el cual se solicitó la agregación de un correo enviado entre dos personas distintas a las partes del proceso, que fueron citadas como testigos y reconocieron dichos documentos y no formularon objeción a su agregación, entendió procedente su incorporación en la medida en que no se afectó ni el derecho de propiedad, ni el derecho intelectual del autor, ni el secreto seguridad e inviolabilidad de la correspondencia. Entendió el Tribunal que no se trata de prueba generada por la actora para su conveniencia, preconstituida, sino elaborada y dirigida entre personas distintas al proceso y su reconocimiento en audiencia descarta cualquier inviolabilidad.

El Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno en sentencia No. 216/2003 y sentencia No. 267/2005 sostuvo que la obtención de registros de llamadas telefónicas en el propio hogar por parte de un cónyuge y sin autorización ni conocimiento del otro son prueba ilícita y por tanto inadmisibles en el proceso, por cuanto se vulnera el derecho a la intimidad de la cónyuge que mantuvo una conversación telefónica desde su casa con un tercero. En ese sentido, la Constitución establece que los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar o telegráfica o de cualquier otra especie son inviolables y nunca podrá hacerse su registro, examen o interceptación sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. Disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/bjnpublica>.

80 Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° turno, sentencias No. 158/2013 y 116/2016; Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7°, sentencia No. 182/2011, Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er Turno sentencia 220/2010, disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

81 Ver cuadro jurisprudencial pp. 40 de este trabajo.

En lo que refiere a filmaciones y grabaciones, la mayoría de los fallos jurisprudenciales relevados, vinculan su admisibilidad al conocimiento y/o consentimiento de los sujetos involucrados en la misma. Así en diversos fallos se ha considerado inadmisibles la incorporación de pruebas de este tipo cuando fueron realizadas sin el conocimiento de una de las partes, en virtud de que la forma en que se obtuvo la prueba contradice normas o principios constitucionales, como los que garantizan la protección de derechos humanos como la vida, la integridad física, la dignidad, la intimidad⁸².

Sin perjuicio de ello, destacamos el reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia, al que ya nos referimos, que admitió como prueba la grabación de una conversación telefónica realizada por uno de los interlocutores fundándose en que no se violaba el derecho de intimidad, ni el secreto de las comunicaciones⁸³.

En cuanto a la forma de agregación de archivos de imagen y sonido, obtenidos por ejemplo a través de grabación de las cámaras de seguridad, la jurisprudencia se ha mostrado abierta a su incorporación a través de un "CD" con la copia correspondiente para la parte. En cuanto a su ofrecimiento y agregación, la práctica forense aporta diversos mecanismos, entre ellas acompañar un "CD" que contenga la filmación o grabación con la demanda o la contestación y completar esta prueba, por ejemplo, acompañando un informe de la empresa de seguridad o monitoreo que realizó la filmación. También se ha reforzado esta prueba mediante la citación como testigo de un representante o técnico de la empresa encargada de la grabación a fin de que declare acerca de la fidelidad o autenticidad de la prueba, o ilustre a la sede acerca de la cadena de custodia o el grado de probabilidad o no de su adulteración.

Estas filmaciones, muchas veces son realizadas por empresas de seguridad y son conservadas durante determinado tiempo por las mismas. En la medida en que como vimos tratándose de la representación de un hecho plasmada en un documento digital estaríamos ante una clase de prueba documental, resultaría aplicable lo dispuesto por los arts. 167 y siguiente del CGP. En el caso pues estaríamos frente a una prueba documental en poder de un tercero por lo que correspondería reseñar en el acto de proposición su contenido y solicitar al tercero su agregación.

82 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, en sentencia No. 214/2001 sostuvo que los documentos cuando los confecciona una parte los realiza con conciencia y voluntad. En el caso de la grabación sin consentimiento, la persona grabada desconoce que lo está haciendo, de esta manera se están violentando principios constitucionales como la intimidad, y los derechos protegidos bajo el nomen iuris "derecho a la personalidad", especialmente cuando la grabación no se dio en forma natural sino que fue premeditada para cumplir un fin determinado por lo cual la prueba resulta inadmisibles en atención a su ilicitud, disponibles en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

83 Sentencia No. 1.153/2019 dictada el 30 de mayo de 2019 por la Suprema Corte de Justicia disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>

RELEVAMIENTO JURISPRUDENCIAL: ADMISIBILIDAD PRUEBA DIGITAL

ORGANO PODER JUDICIAL	NÚMERO DE SENTENCIA	BREVE REFERENCIA AL CASO
Letrado Contencioso Administrativo	884/2019	Admitió mensajes de whatsapp reenviados entre las partes y terceros
Tribunal Apelaciones Trabajo 3º	88/2018	Rechazó impresión de captura de pantalla agregada con intervención notarial por carecer de requisitos para determinar su procedencia
Tribunal Apelaciones Trabajo 1º	152/2018	Rechazó impresión de pantallas de monitoreo. Debió agregarse en formato electrónico y ofrecer medios para su reproducción.
Tribunal Apelaciones Civil 3º	7-17/2017	Inadmisibles correos electrónicos enviados por una parte a terceros. Asimilación con cartas misivas.
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	0013-000116/2016	Admitió impresión mensajes whatsapp, acoso laboral
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	76/2015	Admitió impresión página web emanada de 3º
Tribunal Apelaciones Civil 4º	0009-000080/2015	Admitió impresión correos electrónicos por no haber sido desconocidos
Tribunal Apelaciones Trabajo 3º	0014-000088/2015	Rechazó impresión mensajes de texto. Omisión de la parte, debió solicitar peritaje e informe del proveedor del servicio de telefonía
Tribunal Apelaciones Trabajo 2º	0013-000158/2013	Rechazó mensajes de texto como medio hábil para probar intimación a reintegro en caso de abandono del cargo
Tribunal Apelaciones 2º Turno	0005-000170/2013	Rechazó impresión correos electrónicos. Exige intervención notarial, pericial o inspección judicial
Tribunal Apelaciones 6º Turno	63/2013	Admitió validez de contrato celebrado por medios electrónicos
Tribunal Apelaciones 6º Turno	81/2011	Admitió ingreso de correos electrónicos intercambiados entre terceros ajenos al proceso
Tribunal Apelaciones 7º Turno	182/2011	Admitió mensajes impresos whatsapp en acoso laboral
Tribunal Apelaciones Familia 1º	220/2010	Admitió mensajes impresos whatsapp en violencia doméstica

RELEVAMIENTO JURISPRUDENCIA: PRUEBA ILÍCITA

ORGANO	NÚMERO DE SENTENCIA	BREVE REFERENCIA AL CASO
Suprema Corte de Justicia	1.153/2019	Admitió grabación, no es subrepticia si la agrega uno de los interlocutores
Tribunal Apelaciones Familia 2°	77/2018	Rechazó grabación entre cónyuges por ser realizada sin consentimiento de uno de ellos
Tribunal Apelaciones Trabajo 1°	398/2017	Admitió filmación realizada con cámara instalada en lugar de trabajo, implica conocimiento del empleado
Tribunal Apelaciones Trabajo 2°	0013-000016/2014	Admitió agregación CD con filmación en lugar de trabajo, acredita notoria mala conducta
Tribunal Apelaciones Civil 4°	009-000210/2013	Rechazó grabación en pen drive, no se citó como testigos a los participantes. Inadmisibles por clandestina
Tribunal Apelaciones Familia 1°	216/2013	Rechazó grabación telefónica entre cónyuges sin conocimiento de uno de ellos
Tribunal Apelaciones Trabajo 1°	439/2012	Rechazó filmación realizada sin conocimiento de la parte
Tribunal Apelaciones Civil 5°	204/2011	Rechazó grabación telefónica por ilícita
Tribunal de lo Contencioso Administrativo	591/2011	Admitió la grabación realizada por el deudor demandado de reunión con contadores del ente recaudador actor en el proceso.
Tribunal Apelaciones Familia 1°	267/2005	Rechazó por ilícita, grabación realizada sin consentimiento, proceso divorcio por adulterio.
Tribunal Apelaciones 6° Turno	63/2013	Admitió validez de contrato celebrado por medios electrónicos
Tribunal Apelaciones 6° Turno	81/2011	Admitió ingreso de correos electrónicos intercambiados entre terceros ajenos al proceso
Tribunal Apelaciones 7° Turno	182/2011	Admitió mensajes impresos whatsapp en acoso laboral
Tribunal Apelaciones Familia 1°	220/2010	Admitió mensajes impresos whatsapp en violencia doméstica

3.5 Valoración de la prueba digital.

En lo que refiere a la valoración de la prueba digital tenemos que distinguir distintas hipótesis en función de la regulación normativa vigente.

En cuanto al documento electrónico, tanto privado como público, con firma digital avanzada, conforme lo establecido en el art. 6 de la Ley 18.600 "(...) *tendrá idéntico valor probatorio al documento público o al documento privado con firmas certificadas en soporte papel*".

Por lo cual para la valoración de este medio de prueba se aplica el criterio denominado prueba legal o tasada previsto en los arts. 1574 y siguientes del Código Civil y art. 170 del CGP, que implica que es la ley quien determina la eficacia probatoria.

Si, además, en el documento consta un fechado electrónico otorgado por un prestador de servicios de certificación acreditado hará fe respecto de su fecha⁸⁴.

Distinto valor probatorio tiene el documento electrónico con firma electrónica no avanzada o común. En este caso, según lo establece el art. 5 de la Ley 18.600 se equipara en cuanto a su valor probatorio al documento privado⁸⁵.

Por lo cual a fin de determinar el valor probatorio de este documento corresponde aplicar el art. 170.2 del CGP en cuanto establece que si el documento privado emana de las partes se tendrá por auténtico, salvo que se desconozca su firma, si está suscripto, o la autoría si no lo están, o se impugne mediante tacha de falsedad.

En consonancia con lo dispuesto por la norma procesal, la Ley 18.600 prevé que en caso de ser desconocida la firma electrónica por una de las partes, corresponde a la otra parte probar su validez.

De la jurisprudencia relevada se extrae que esta misma regla de apreciación probatoria rige para todos los medios de prueba digitales emanados de las partes en aplicación del art. 170.2 del CGP, por tanto se presumen auténticos si no se desconoce su autoría o solicita su tacha por falsedad (art. 172 del CGP) en las oportunidades procesales correspondientes, por lo cual adquieren autenticidad ante la falta de oposición⁸⁶.

En el caso de los correos electrónicos se relevan en jurisprudencia casos donde se exige la existencia de firma digital para que sean valorados como documentos privados⁸⁷ y en otros se sostiene que la firma es un elemento de autenticidad o certificación, por lo cual ante su ausencia el correo carece de la calidad de documento privado⁸⁸.

En cuanto a la oportunidad para impugnar el documento, ésta dependerá de etapa en que el mismo se incorpore jurídicamente al proceso. Así, si es agregado con la demanda o reconvenición deberá ser impugnado al contestarlas (Art.171 inc. 1, 130.2 y 136.2 CGP).

84 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º, SEF-0009-000210/2014 No puede negarse que el documento es un documento público, ya que proviene del sistema informático de la División Recursos Humanos del MSP – ASSE, ajustándose al art. 1574 del Código Civil. No es quien ofrece el documento electrónico público quien tiene la carga de probar su autenticidad, sino el demandado de probar su falsedad. Disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>.

85 El art. 5 de la Ley 18.600 establece que la firma electrónica tendrá eficacia jurídica cuando fuese admitida como válida por las partes que la utilizan o haya sido aceptada por la persona ante quien se oponga el documento firmado electrónicamente. Se respetará la libertad de las partes para concertar de común acuerdo las condiciones en que aceptarán las firmas electrónicas, conforme a la presente normativa.

86 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º turno, sentencia 143/2018 disponible en <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA>. En este sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno en sentencia 80/2015. Sostuvo el tribunal que el no desconocimiento en plazo, de su impresión determina que se consideren auténticos. Los agravios propuestos al impugnar la sentencia definitiva respecto de la valoración de dicho medio probatorio, además de ser extemporáneos, resultan de franco rechazo. Asimismo la respuestas evasivas dada por el representante de la parte demandada, quien no desconoció en forma expresa el envío de dicho mail, sino que brindó respuestas evasivas ante las preguntas de la Sede en relación al mail enviado confirman su envío.

87 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º turno, sentencia 0005-000048/2014. Sostuvo que el correo electrónico carente de firma digital, es evidente que no puede otorgársele valor de convicción preeminente puesto que el elemento de autenticación o certificaciones un requisito esencial de autenticidad, pero no existe impedimento para que se los tome en cuenta como medio de prueba, considerándose los principio de prueba por escrito". El hecho de que no estén firmados no les permite alcanzar la categoría de documento privado, pero es admisible su presentación en juicio, siendo relevante el emanar de la contraparte y la ausencia de puntual impugnación o desconocimiento.

88 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º turno, sentencia 7-17/2017.

Si el documento se agrega con la contestación de la demanda o de la reconvencción o en cualquiera otra oportunidad admisible (118.3 CGP), debe ser desconocido dentro de los seis días a contar de la notificación de la providencia que ordena agregación (87 numeral. 4 y art. 171 inc. 2 CGP) o en la audiencia, si se agregó en dicha oportunidad.

En el caso de los documentos digitales, a diferencia de los documentos escritos, se plantea la dificultad para determinar la oportunidad en que deben impugnarse cuando son agregados en soporte digital y ello porque no resulta posible conocer su contenido hasta que se produzca su diligenciamiento. La parte, puede no estar en condiciones de conocer el documento hasta que se produzca en audiencia, por ejemplo la reproducción de una grabación o filmación que requiere necesariamente su exhibición por el medio técnico en audiencia.

En el Proceso Ordinario la oportunidad procesal para producir la prueba es en la Audiencia Complementaria, no obstante, el tribunal se pronuncia sobre su admisibilidad, con anterioridad, en la Audiencia Preliminar, conforme lo establece el art. 341 numeral 6 del CGP.

Por lo cual, tanto el tribunal como las partes deberían poder conocer el contenido del documento digital agregado como original (filmación o grabación) para pronunciarse sobre su admisibilidad y en su caso, tener la oportunidad de manifestar su desconocimiento o alegar su falta de autenticidad, siendo necesario para ello su producción en la Audiencia Preliminar⁸⁹.

En el caso de que la prueba digital emane de un tercero, aplicando analógicamente el art. 170.3 del CGP quedarán sujetos en su apreciación a las reglas de la sana crítica⁹⁰. Sin perjuicio de ello, se observa que la jurisprudencia ha considerado que el valor probatorio se puede ver reforzado citando como testigo al autor del documento.

En síntesis fuera de la hipótesis prevista por la Ley 18.600 para los documentos electrónicos públicos o privados con firma avanzada, la prueba digital será valorada siguiendo las reglas de la sana crítica conforme lo establecido por el art. 140 del CGP⁹¹.

Nuestra doctrina y jurisprudencia han expuesto que las reglas de la sana crítica forman un estándar jurídico que abarca todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en torna lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del

89 Una dificultad adicional se plantea en el proceso extraordinario (art. 346 y 347 CGP) y en el proceso laboral (art. 13 Ley 18.572 en la redacción dada por la Ley 18.847) en los cuales el juez se pronuncia sobre la admisibilidad de los medios probatorios fuera de audiencia.

90 El Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno, en sentencia No. 76/2015 admitió la impresión en soporte papel de una página web emanada de un tercero en función de que la parte no había cuestionado la existencia de la página sino su contenido por lo cual la eficacia convictiva queda librada a la sana crítica de acuerdo al sistema general de valoración de la prueba.

La autenticidad se resuelve en la sentencia definitiva junto a los restantes elementos de prueba

91 El Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 7º Turno, en sentencia No. 182/2011 en proceso referido a un acoso sexual laboral mediante mensajes de texto enviados por whatsapp por un jerarca a su dependiente, sostuvo que éstos debían ser valorados por las reglas de la sana crítica, en conjunto con restantes elementos probatorios, entre ellos los testimonios brindados en el expediente.

juez) como para procurar la justicia de las situaciones especiales. La sana crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última⁹².

A nivel de jurisprudencia extranjera se han establecido diversas pautas para la valoración de la prueba electrónica.

Así los tribunales españoles han dicho que una captura de pantalla puede constituirse como prueba digital, como una conversación de whatsapp en el proceso laboral cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación; cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido; cuando se comprueba su realidad mediante cotejo con el otro terminal implicado (exhibición); cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores⁹³.

GÓMEZ FRODE⁹⁴ analizando el sistema de valoración de la prueba electrónica en el sistema iberoamericano destaca que: *“(...) en muchos países de tradición hispánica es el de la libre valoración de la prueba bajo las reglas de la sana crítica y administración de las pruebas. El juez además puede contar con el apoyo del perito informático que acredita la existencia o no de manipulación del medio de prueba y con el apoyo de un prestador de servicios de certificación, determina la integridad de los datos y la corrección del origen de los mismos. Es decir, el valor probatorio de la evidencia digital dependerá del procedimiento elegido para su aportación en el juicio, así como las garantías ofrecidas para la verificación judicial de su autenticidad e integridad de la evidencia. Si del cotejo no se dedujera la autenticidad de una prueba electrónica el tribunal debería valorarla conforme a los principios de la sana crítica sin perjuicio de utilizar también testimoniales, interrogatorios a las partes y reconocimientos judiciales”*.

4. CONCLUSIONES

Del análisis realizado, podemos concluir que las nuevas tecnologías han impactado de la siguiente manera en el proceso judicial civil:

1. La regulación legal de la prueba digital resulta insuficiente, especialmente en lo que refiere a los aspectos procesales vinculados a la forma de agregación, control de admisibilidad y valoración. No obstante, ello no ha sido un impedimento para su incorporación al proceso.

2. La ausencia de un régimen procesal que regule la prueba digital ha provocado la adopción de criterios jurisprudenciales disímiles, especialmente en cuanto a la forma de agregación al proceso, así como respecto a su admisibilidad y valoración.

3. Estimamos que resulta necesario establecer un marco normativo que regule la prueba digital, de manera de garantizar el derecho a la prueba.

92 VESCOVI y coautores, ob cit tomo 4, pp. 114-115

93 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 375

94 GOMEZ FRODE, Carina, ob cit pp. 376.

4. La incorporación del expediente digital u otra modalidad de registro fehaciente permitirá adecuar la tramitación del proceso a los avances tecnológicos, facilitando la agregación de la prueba almacenada en dispositivos electrónicos, o comunicaciones transmitidas por medios electrónicos, informáticos o telemáticos producidos a partir de las nuevas tecnologías.

5. Nos inclinamos a favor de flexibilizar los criterios dominantes en jurisprudencia en cuanto a la exclusión de la prueba digital por razones de violación de la intimidad o privacidad de manera de lograr una real ponderación de todos los derechos fundamentales involucrados en el proceso, sin anular ninguno de ellos.

6. Mientras no se legisle, entendemos que deberían aplicarse las normas vigentes priorizando el derecho a probar, ínsito en el debido proceso, a fin de lograr que el proceso sea el medio de realización de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

ABAL, Alejandro (2017). *“El CGP de Uruguay y los medios de prueba no previstos en Estudios de Derecho Procesal”*. Estudios en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores Angel Landoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay.

ARMENTA DEU, Teresa, *“La Prueba ilícita. (Un estudio comparado)”*. Marcial Pons, Segunda edición, Madrid (2011)

CHIOVENDA, (1954) Giuseppe, *“Instituciones de Derecho Procesal Civil”*, tomo III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

COUTURE, Eduardo J. (1981), *“Fundamentos del Derecho Procesal Civil”*, Ediciones de Palma, Buenos Aires.

DE HEGEDUS, Margarita y SEINES, Valeria, (2018) Informe Nacional Uruguay, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

DELPIAZZO, Carlos, (2002). *El documento y la firma ante las N.T.I. en Uruguay*, XI Jornadas Nacionales y XVIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

DENTI, Vittorio. (1974) *“Estudios de Derecho Probatorio”*, traducción de Santiago SentisMelendo y Tomas A Banzhaf (1974), Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, pp. 271

DEVIS ECHANDÍA (1981) *“Teoría General de la prueba judicial”* (1981), tomo I, 5ª. Edición, Víctor P. de Zabalía, Buenos Aires.

EYNER ISAZA, Henry (2014) *“La Prueba Ilícita y Sistema Iberoamericano (2014), Ediciones Nueva Jurídica, Colombia.*

GONZÁLEZ, MARÍA EUGENIA (2017), *Documento digital ¿Cómo se incorpora un documento digital al proceso?* Estudios de Derecho Procesal en Homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La prueba en el Proceso, La Ley Uruguay.

GUIMARAES RIBEIRO, DARCI (2019) , *“La prueba digital”*. La prueba: teoría y práctica. Sello Editorial Universidad de Medellín, Colombia, pp. 528.

KIELMANOVICH, Jorge (1996). *“Teoría de la prueba y medios probatorios”*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 56 y 57.

LANDEIRA, Raquel, (2011), *La Modernización de la Gestión de la Justicia Civil en Uruguay*, Modernización de la Justicia Civil, Montevideo, Universidad de Montevideo.

MARINONI GUILHERME, Luiz y CRUZ ARENHART, Sérgio, (2015) *“La Prueba”*, traducido por NuñezAvila, René Luis, Thomson Reuters, Chile.

ORTELLS RAMOS, Manuel. (2004) *“Derecho Procesal Civil”*, 5ª edición Editorial Aranzadi S.A., España.

PAGES LLOVERAS, Roberto M. (2017) *“La prueba digital en la era digital”*. Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Eduardo J. Couture, Tomo I, La Prueba en el proceso, Coordinadores AngelLandoni Sosa y Santiago Pereira Campos, La Ley Uruguay,

PICO I JUNOY, Joan.(1996) *“El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil”* (1996), JM Bosch Editor, Barcelona.

PRIORI POSADA, Giovanni F. (2018). *“Reglas de exclusión probatoria y prueba ilícita en Iberoamérica: un reporte desde el derecho fundamental a probar”*, II Conferencia Internacional & XXVI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y International Association of Procedural Law, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona.

TARIGO, Enrique E, (1998) *“Lecciones de Derecho Procesal Civil, según el nuevo Código”*, Tomo II, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

VESCOVI, Enrique (Dirección), DE HEGEDUS, Margarita, KLETT, Selva, CARDINAL, Fernando, SIMÓN, Luis M. , PEREIRA, Santiago. (1998) *Código General del Proceso*, Comentado, anotado y concordado, Tomo 4, Editorial Abaco, Buenos Aires, pp. 313.

VESCOVI, Enrique (1960) *“Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita”* La Justicia Uruguaya, Sección Doctrina, Tomo LXX, Montevideo.

VIERA, Luis A. (1987) *La Prueba disponible en Curso de Derecho Procesal*, Tomo II, 2ª edición actualizada, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.