



Medios alternativos a la prueba electrónica anticipada - Los certificadores digitales como herramienta para garantizar la integridad y autoría de una conversación de WhatsApp

Autor:

Aginsky, Ariel

Cita: RC D 205/2021

Sumario:

I. Introducción. II. El fallo. III. WhatsApp. IV. Naturaleza jurídica de los mensajes. V. La autoría de los mensajes. VI. Los mensajes como correspondencia. VII. Tercero de confianza como herramienta de preservación probatoria. VIII. Conclusión.

Medios alternativos a la prueba electrónica anticipada - Los certificadores digitales como herramienta para garantizar la integridad y autoría de una conversación de WhatsApp

I. Introducción

La idea de este trabajo es abordar las alternativas que ofrece la legislación vigente combinada con las herramientas tecnológicas para poder preservar la integridad y la autoría de una evidencia electrónica, en el caso una conversación de WhatsApp, sin necesidad de producir prueba anticipada consistente en peritajes informáticos, de manera tal de garantizar la preservación de aquella y hacerla valer oportunamente en juicio, garantizando la idoneidad probatoria del elemento sobre el cual queremos demostrar la expresión de la manifestación de la voluntad de un tercero o un hecho en juicio.

II. El fallo

Recientemente, el 26 de febrero de 2021 la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil^[1], ha dictado una resolución en donde confirma la denegación de la producción de prueba anticipada “consistente en que se certifique acerca de la existencia del grupo de WhatsApp de un consorcio, sus integrantes, respectivos números, administradores y autenticidad y contenido de los mensajes existentes en el grupo, relacionados con la asamblea llevada a cabo el 18 de noviembre de 2020, su orden del día, las decisiones adoptadas y sus efectos”.

Dicha petición fue fundamentada por la parte actora, en virtud de que la producción anticipada de la prueba resulta necesaria pues pueden ser borrados intencionalmente o ser excluido del grupo -al conocerse su accionar- o por cuestiones fortuitas inherentes al sistema de WhatsApp, tales elementos pueden desaparecer o tornarse inaccesibles.

Ahora bien, tanto el juzgado, como la Alzada, no hicieron lugar a la pretensión, alegando el carácter excepcional y restrictivo requerido para proveer la admisibilidad de la producción anticipada de la prueba, toda vez que para ello se requieren motivos justificados para temer que su producción pueda resultar “imposible o muy dificultosa en el período de prueba”.

En este aspecto, el Tribunal consideró que “la conservación de prueba indicada, no amerita -en este caso- la intervención judicial pretendida, dado que es la propia parte quien debe proceder con los recaudos que considere necesarios a los fines que estime pertinentes.”

Como vemos, el Órgano jurisdiccional delega en las partes, el deber de preservación de la prueba, y ello no resulta caprichoso, sino que responde a las posibilidades tecnológicas y legales que existen para poder efectuar una preservación segura de la prueba, apuntadas a la preservación de la integridad y autoría del documento electrónico que se pretende ofrecer en juicio.

III. WhatsApp

Para poder analizar estos medios alternativos de preservación de la prueba digital, en forma previa, vamos a caracterizarla y tipificarla normativamente, a los efectos de poder establecer el carácter jurídico que revisten.

Para esto, vamos a desarrollar sintéticamente y navegar los conceptos de servicio de mensajería de WhatsApp, documento electrónico, firma electrónica y servicios y/o terceros de confianza.

WhatsApp, es un servicio de mensajería instantánea multiplataforma (propiedad de Facebook Inc.), gratuito y de uso masivo cuya función consiste en el envío de comunicaciones electrónicas entre sus usuarios, las cuales pueden consistir en texto, imágenes, videos, audios, archivos y mantener video charlas en vivo. Para acceder a esta plataforma de mensajería es menester contar con un teléfono celular con línea telefónica asignada, la cual se asocia a una cuenta de usuario único y que lo identifica en la red de dicha aplicación.

Tiene un sistema de cifrado END TO END, es decir extremo a extremo. Esto significa que los mensajes al salir del dispositivo del remitente son "codificados", es decir se vuelven ilegibles, y así "viajan" a través de la red, llegan al servidor de WhatsApp, el que les asigna la dirección del destinatario, (siempre cifrado), para dirigirse, entonces, al dispositivo del destinatario, en donde es "decodificado" y se vuelve legible nuevamente. De aquí podemos inferir, que los mensajes son solo reproducibles solamente en los dispositivos del remitente y destinatario, por lo que es sobre ellos en donde debemos efectuar los procedimientos de preservación de la prueba.

IV. Naturaleza jurídica de los mensajes

Ahora bien, la Ley 25506 define al documento digital, como a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo y que, a su vez, tiene la misma validez que un documento en soporte papel al establecer que "un documento digital también satisface el requerimiento de escritura"[2].

En virtud de esto, podemos aventurarnos a conceptualizar al documento electrónico como aquel que fue generado mediante la intervención de un sistema informático, cuyo contenido se encuentra almacenado en un soporte tecnológico determinado, que puede ser recuperado y reproducido posteriormente.

De acuerdo a lo que venimos desarrollando, podemos verificar que una comunicación de WhatsApp reviste estos caracteres y por lo tanto puede ser encuadrada como documento electrónico, y por lo tanto, en virtud del principio de equivalencia funcional, tener la misma validez probatoria que un documento tradicional.

A su vez, conforme a lo dispuesto por el art. 286, CCyC la manifestación del pensamiento humano puede ser vertida en un soporte digital, tal como un archivo informático y por lo tanto reviste el carácter de instrumento. La norma bajo análisis solo exige que la información contenida en el soporte digital sea recuperable y reproducible, independientemente del medio utilizado, en texto inteligible, y esto se da, porque dicho texto al introducirse en un sistema es codificado en lenguaje informático, el cual se decodifica nuevamente al visualizarse en el medio reproductor.

En la misma sintonía, el art. 287, CCyC, termina de afirmar la postura que venimos desarrollando, en virtud de la cual un documento electrónico encuadra perfectamente en la categoría de instrumento privado, cuyo contenido es la manifestación inequívoca de su creador para poner en conocimiento de un tercero un determinado acto jurídico y por lo tanto podría revestir el carácter de comunicación electrónica.

V. La autoría de los mensajes

La firma podemos definirla informalmente como el acto que permite identificar la autoría de un documento con el creador de este, es decir la correlación entre estas dos cuestiones.

Nuestro ordenamiento distingue entre la firma digital y la firma electrónica, determinando que el documento electrónico, mediante el cual un remitente comunique un acto jurídico a un destinatario valiéndose de una comunicación firmada digitalmente, goza de plena presunción de autoría e integridad[3].

No es intención de este trabajo desarrollar las diferencias entre firma digital y electrónica, cuestión sobre la que ya nos hemos explayado en otros trabajos, sino profundizar sobre la importancia que reviste la firma en el mensaje de WhatsApp, a los efectos de poder blindar esa comunicación con los caracteres de autoría e integridad que exige la normativa, para poder preservar esa prueba y prescindir, en su caso, de la producción anticipada de la misma, en los términos del fallo comentado.

En este sentido, nos enrolamos en la teoría que encuadra a los mensajes de WhatsApp como comunicaciones electrónicas firmadas electrónicamente[4].

El art. 5 de la Ley 25506 define a la firma electrónica como conjunto de datos electrónicos utilizado por el signatario del documento como su medio de identificación, aseveramos que en esta plataforma nos encontramos ante la existencia de datos identificatorios que surgen de una cuenta de usuario vinculado a un número de línea que, a su vez, se encuentra vinculado a un número de tarjeta SIM, como así también, a un dispositivo electrónico que posee un código de IMEI único[5].

Recordemos que, para acceder al uso de dicha plataforma, el usuario debe identificarse y estos datos se vinculan con su identidad digital almacenada en forma previa. Esta asociación entre el emisor del documento electrónico y la cuenta de la que se emite la información identifica al suscriptor en los términos de la normativa citada en el párrafo precedente.

En síntesis, de acuerdo con lo analizado, estamos en condiciones de afirmar que los mensajes de WhatsApp son enviados con firma electrónica, y deben ser considerados como documentos electrónicos en general y normativamente como instrumentos particulares no firmados.

VI. Los mensajes como correspondencia

Ahora bien, los mensajes de WhatsApp, ¿son correspondencia en el sentido tradicional y normativo de la palabra?

El art. 318, CCyC dice que "La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial".

Si, entendemos a la correspondencia como la transmisión de un mensaje de una persona a otra y, a su vez, al poder ser esta comunicación transmitida por cualquier medio (art. 318, CCyC), podemos encuadrar a los mensajes de WhatsApp en esta categoría. Entonces, respetando las normas relacionadas a la licitud de la obtención de prueba, podemos utilizarla como medio de prueba.

VII. Tercero de confianza como herramienta de preservación probatoria

De acuerdo con los conceptos desarrollados, llegamos a la conclusión de que estamos frente a una comunicación electrónica, que puede ser considerada correspondencia, que correlaciona a su creador con el documento, y que tiene plena validez, garantizando la autoría y la integridad del documento. Entonces, ahora debemos centrarnos en cómo utilizar medios informáticos para poder validar y preservar esta comunicación.

Si queremos probar la existencia de un contrato celebrado por WhatsApp, lo podemos hacer en virtud de lo dispuesto por el art. 1019, CCyC toda vez que habilita a probarlo por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción según las reglas de la sana crítica. A su turno, el art. 378, CPCCN nos brinda el principio de amplitud probatoria para elegir un medio probatorio eficaz y no prohibido. Esto nos habilita a utilizar estas nuevas herramientas digitales para validar el contenido de nuestra prueba. Como vemos, el principio de amplitud

probatoria permite que usemos la creatividad para la búsqueda de la verdad.

Esto nos lleva a la inexorable pregunta ¿Son las conversaciones prueba documental? En principio vamos a presentar capturas de pantalla o elementos visuales que permitan detallar la conversación cuya veracidad queremos probar, pero la limitación de esta prueba está dada en la pericia de la contraria. Con sólo desconocerlas, la prueba se vuelve estéril. Entonces, tenemos que ofrecer mecanismos subsidiarios. También, tengamos en cuenta que existen muchas herramientas gráficas para crear *fake chats*.

Por ello, tenemos que apuntar a un medio de preservación de la prueba electrónica que permita garantizar la autoría e integridad de los mensajes contenidos en el documento electrónico.

En este aspecto el art. 319, CCyC determina el valor probatorio de los documentos, estableciendo que dicha cuestión "en los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la **confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen**".

Aquí, es donde hacemos hincapié. ¿Por qué? Porque lo importante, es que la ley establece que para probar esta autenticidad debemos ponderar esta confiabilidad, y esta confiabilidad se refiere a la seguridad informática que impida la alteración del documento, referido a quien lo firmó y qué firmó.

Es en esto, entonces, donde surgen plataformas que otorgan esta confiabilidad que requerimos y que permiten sustituir la prueba anticipada. Para esto y dada la complejidad que caracteriza a los documentos electrónicos, a los efectos de determinar con certeza las cuestiones relacionadas a su existencia, integridad y autoría, surgen los "terceros de confianza". Esta figura, viene a ser un tercer sujeto, con capacidad técnica acreditada para poder intervenir en la constitución de un documento electrónico, efectuando ciertas validaciones informáticas, relacionadas a la autoría e integridad del documento electrónico y, por supuesto, garantizando su custodia.

La doctrina local los definió como aquellos sistemas informáticos accesibles vía web, ya sean públicos o privados, que mediante la implementación de tecnologías tales como la firma electrónica y el sellado de tiempo (timestamp) -en forma conexas y en atención a determinados estándares de seguridad- hacen las veces de certificadores y depositarios de documentos electrónicos pasibles de atestiguar la ocurrencia de hechos u actos jurídicamente relevantes suscitados en el mundo virtual y, consecuentemente, y así revestirlos del necesario valor probatorio a fin de eventualmente procurar ser introducidos, como prueba instrumental, a un proceso judicial[6].

Por nuestro lado, en Argentina, el Decreto 182/2019 en su art. 36 los regula como al servicio electrónico prestado por un tercero de confianza relativo a: 1. La conservación de archivos digitales. 2. La custodia de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico, contratos electrónicos, y toda otra transacción que las partes decidan confiar a un tercero depositario. 3. La notificación fehaciente de documentos electrónicos. 4. El depósito de declaraciones de voluntad realizadas en formato electrónico. 5. La operación de cadenas de bloques para la conservación de documentos electrónicos, gestión de contratos inteligentes y otros servicios digitales. 6. Los servicios de autenticación electrónica. 7. Los servicios de identificación digital. 8. Otras prestaciones que determine el Ente Licenciente.

En este orden, podemos entender a este tercero como a un almacén virtual de documentos electrónicos que, a través de medios digitales y medidas de seguridad informática de acuerdo con los estándares requeridos, puede dar certeza sobre la fecha de creación de un documento, sus autores o signatarios y la integridad de su contenido.

VIII. Conclusión

Como colofón de lo desarrollado en este artículo, podemos interpretar la resolución analizada como un guiño a las herramientas informáticas, tales como los servicios o terceros de confianza que pueden, gracias a su infraestructura digital y operacional, garantizar la autoría e integridad de un documento electrónico, tal como una



comunicación por WhatsApp, de manera de preservarla perfectamente hasta el momento oportuno de ofrecimiento probatorio, claro está, tomando recaudos subsidiarios, como una prueba pericial informática que se expida sobre esta intangibilidad de la prueba ofrecida y lograr así la convicción del órgano jurisdiccional sobre la ocurrencia de un determinado hecho. Es decir que, podemos certificar digitalmente la existencia de una conversación de WhatsApp con esos terceros, determinando la autenticidad del contenido, garantizando la autoría del emisor del mensaje y la integridad del mismo, y a su vez, preservar dicha certificación para su uso posterior en juicio.

En otras palabras, el avance de las TIC's, no sólo nos permite comunicarnos de manera virtual, sino también garantizar su autenticidad y para ello no otorga estas herramientas, que vienen a colaborar con los principios de celeridad y economía procesal, pero fundamentalmente apuntan a la optimización de la búsqueda de la verdad, al preservar la integridad de un acto jurídico cuya veracidad se intenta demostrar en juicio, sin tener que someterse a medidas excepcionales de anticipo de producción probatoria.

[1]

Siutti, Atilio Alfredo vs. Consorcio de Propietarios Avenida Corrientes 781/85/87/91 s. Nulidad de asamblea, CNCiv. Sala I; 26/02/2021; 66638/2020, Rubinzal Culzoni Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC J 975/21.

[2]

Ley 25506, artículo 6.

[3]

Ariel Aginsky - Notificaciones fehacientes por WhatsApp en tiempos de pandemia, Rubinzal Culzoni Online, www.rubinzalonline.com.ar, RC D 1637/2020.

[4]

Bielli, Gaston E. Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil. L.L. 29/10/2018, 29/10/2018, 1. AR/DOC/1962/2018.

[5]

Molina Quiroga, E. "Eficacia probatoria de las comunicaciones electrónicas" en Granero R. emails, chats, WhatsApp, SMS, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles y otras tecnologías... elDial Buenos Aires, 2019 pág. 65. (citado en Bielli G./ Ordoñez J. Obra citada, pág. 547).

[6]

Terceros de confianza y certificación de prueba electrónica. Una nueva frontera en materia de Probática. Bielli, Gastón E. Publicado en: L.L. 03/06/2019, 03/06/2019. AR/DOC/1629/2019.