

## LAS REDES SOCIALES Y LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL. LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

CAROLINA HITTA

“Doctora me despidieron por **whatsapp**”. Doctora, este empleado tiene licencia por enfermedad y veo en **Facebook/instagram** que se fue de viaje. Doctora, de **linkedin** surge que xxxx esta trabajado en otro lado y me pidió licencia por stress. Doctora, las pruebas del pago fuera de recibo lo tengo en los **mails**.

Situaciones y sus correspondientes consultas, como la descripta precedentemente, son cada vez más usuales.

*“Todo aspecto en nuestras vidas, cómo trabajamos pero también cómo estudiamos o conectamos con nuestros amigos, cómo vivimos y toda nuestra vida está cruzada por la tecnología... de repente se metió en nuestros bolsillos, en nuestra vida todos los días, ni siquiera llegamos a desayunar sin abrir nuestro teléfono”* afirma Guibert Englebienne cofundador de Globant.

Ahora bien, como probamos en juicio todas éstas tecnologías que usamos a diario y de manera tan incorporada que tiene información más que relevante para los pleitos?. Como probamos la veracidad de una conversación de whatasapp? Una foto de Facebook? Un mail?. Basta con la certificación por escribano público de las mismas?. Es eso suficiente para los jueces?.

Que herramientas tenemos en la ley procesal?. Es usual en el caso de los mails ofrecer pericia informática. Pero sabemos que puntos de pericia son necesarios para acreditar el envío y remisión del email? Para acreditar la identidad de quien lo envía Y/o lo recibe?.

Estos son algunos de los interrogantes que intentaré responder en ésta presentación.

También es cada vez más usual la firma electrónica y/o digital en los contratos. El mundo va camino a limitar el uso del papel en los instrumentos privados y públicos y las normas procesales deben empezar a aggionarse.

Tengamos en cuenta que la ley 18.345 es del año 1998 y la ley 11.653 es del año 1995. Recién en la década del 90 el mundo descubría internet. Es decir que ninguna de las normas procesales que rigen en CABA y en Provincia de Buenos Aires contemplan medidas de prueba específica para las redes sociales.

El Código Civil y Comercial del 2015 clasifica a los instrumentos en **Instrumento público, Instrumento particular no firmado, Instrumento particular firmado o instrumento privado (conf. CCYC art. 287) y determina - en el caso de instrumentos privados- el PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMAS (art. 284).**

Ahora bien, que determina la autoría en un instrumento privado? Obviamente la Firma definido como el Trazo que constituye el modo habitual que tiene una persona de manifestar la adhesión de su voluntad al texto a cuyo pie la coloca. La firma Prueba autoría, importa consentimiento (CCYC art. 288).

Por ley 25.506 se regula la FIRMA DIGITAL Los documentos así firmados son considerados originales (art. 11). La FIRMA DIGITAL tiene requisitos de validez (ser creada en el tiempo de validez del certificado digital, verificada en sus requisitos según el certificado, por un agente certificado).

La FIRMA DIGITAL es distinta A LA FIRMA ELECTRONICA.

Por su parte y de acuerdo a la normativa detallada podemos decir que los **Emails no son** instrumentos privados sino **instrumentos particulares no firmados**. Ergo, requieren ser convalidadas por otras probanzas.

Y las redes sociales? pueden ser considerados instrumentos privados en los términos del Código Civil y Comercial?. Cómo los definimos/conceptualizamos?.

Por ejemplo El Decreto con Fuerza de Ley No.1.204, sobre los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (DLMDFE) venezolano, en su artículo 1, reconoce la eficacia jurídica de los mensajes de datos, en general, así como de cualquier información electrónica. De manera más concreta el artículo 4 ejusdem, reconoce la eficacia probatoria de los mismos, en la siguiente forma: "Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas". Con base en lo anterior, los mensajes de datos pueden entonces asimilarse a los documentos privados, es lo que la doctrina denomina el principio de la equivalencia funcional al que alude la

exposición de motivos del DLMDFE y que equipara la expresión mensaje de datos a la de documentos originales<sup>4</sup>, con base en este principio se establece en el artículo 7 del Decreto-Ley: "Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible"

Claramente, se necesita urgente una reforma en las normas procesales. La tecnología avanza a pasos acelerados la legislación no. Y aun en el caso de que efectivamente los códigos procesales se aggiornen a la realidad imperante es muy probable que quede en desuetudo en pocos años.

Sin embargo una reforma que incluya los nuevos métodos de comunicación que de uso y costumbre utilizamos todos, de manera clara, incorporando los medios necesarios para su prueba, nos permitiría evitarnos situaciones jurídicas tal vez injustas como la ocurrida en ésta provincia de Mendoza en la causa "F., G. O. vs. León Vidrios S.R.L. s. Ordinario", el trabajador desconoció los mensajes agraviantes y de contenido injurioso que el empleador consideró que había enviado desde su teléfono, pero igualmente fue despedido. El dependiente presentó una demanda para solicitar las indemnizaciones correspondientes por despido incausado. El juez de primera instancia rechazó el pedido, por lo que el trabajador apeló. El actor esgrimió que no se pudo acreditar que los mensajes de WhatsApp acompañados como prueba documental por la demandada "hayan sido remitidos por su parte". El letrado del actor señaló que "el análisis sobre el despido con causa no cuenta con un mecanismo de incorporación de prueba digital y que un instrumento electrónico debe superar un triple test de admisibilidad para que se pueda tener por verificada su autenticidad, integridad y licitud". Luego adujo que "no se logró vincular un número de celular a su parte cuando se podría haber acreditado este extremo con oficios a las compañías de telefonía celular". A su vez, subrayó que el escribano solo dará fe sobre lo que tiene a su vista y no así sobre la autenticidad de los mensajes intercambiados. Alegó que el anonimato que autorizan tales sistemas y la libre creación de cuentas con una identidad fingida hace posible aparentar una comunicación en la que un único usuario se relaciona consigo mismo. Y remarcó que la sentencia puesta en crisis "sienta un peligroso precedente porque con solo adquirir un chip, colocarlo en un celular cualquiera, instalar "whatsapp", colocar una foto del trabajador y despachar algún mensaje injurioso a la empleadora, se generaría prueba suficiente para sustentar un despido con causa y obtener una sentencia favorable para el empleada.

Los camaristas señalaron que, más allá de que objetivamente los mensajes incorporados a la causa resultan agraviantes, el acta notarial "resulta insuficiente" en orden a demostrar la titularidad del número de telefonía celular y la fecha en que se enviaron los mensajes en cuestión 28/9/22, 13:31 Juicio laboral: La

veracidad de los mensajes de Whatsapp no se acredita con un acta notarial <https://www.errei.us.com/opinion/15/procesal/Nota/681/juicio-laboral-la-veracidad-de-los-mensajes-de-whatsapp-no-se-acredita-con-un-acta-notarial> 2/3 insuficiente en orden a demostrar la titularidad del número de telefonía celular y la fecha en que se enviaron los mensajes en cuestión. Y advirtieron que le correspondía a la demandada probar que los mensajes de texto a través de la aplicación de mensajería atribuidos al empleado despedido “habían sido emitidos ciertamente por él ante la negativa (...) todo ello con el propósito de verificar si el despido con justa causa tuvo verdaderamente como nexo causal el sujeto imputado con el hecho acaecido”. También consideraron que los mensajes transcritos “son aislados, vale decir, no se observa una secuencia simultánea y sucesiva de la comunicación habida entre los números telefónicos precisados, de manera que este Tribunal tampoco se encuentra en condiciones de valorar las circunstancias que rodearon a los mensajes transcritos, como por ejemplo, si existió o no provocación en la agresión verbal (principio de proporcionalidad)”. “En la especie, el procedimiento implementado por la demandada (es decir, obtener la constatación notarial de un contenido digital) no supera el umbral ni del primero ni del segundo de los aspectos referidos, dado que esa constatación no asegura ni la autoría por parte del trabajador del mensaje injurioso, ni la integridad o inalterabilidad del contenido original, aspecto este último que lleva al supuesto en que determinado mensaje pudo haber sido creado por el señor F. y luego haber sido modificado”, concluyeron los jueces.

La Argentina no dispone de normas específicas en materia de procedimiento judicial digital, al modo de Brasil con su Ley Nro. 11.419 del 2006 que establece el proceso telemático para la Justicia. Algunos pocos códigos procesales admiten explícitamente el uso de medios de prueba electrónicos. También, la posibilidad de realizar notificaciones electrónicas, comunicaciones y exhortos.

Solamente la Ciudad de Buenos Aires y la Provincia de Chubut cuentan con ordenamientos jurídicos procesales avanzados que contemplan el uso de medios digitales en la administración de justicia. El recientemente aprobado Código Procesal Penal de la provincia de Entre Ríos, admite para algunas medidas probatorias específicas el uso de medios electrónicos: reconocimiento de voz, reconocimiento por imágenes, testimonial especial filmada, y el principio general establecido en el artículo 300 que admite la filmación de otros actos procesales.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Reglamento General de Organización y Funcionamiento del Poder Judicial de la Ciudad dedica, en el artículo 1.12 sobre "expedientes", varios incisos al tema. En síntesis, admite que la totalidad de los juicios se instrumenten en formato digital, la producción de

prueba en dicho formato y el acceso a la información. Asimismo, admite las comunicaciones entre magistrados por medios telemáticos, y el uso de video conferencias para recibir declaraciones o testimonios. En los juicios orales, habilita el uso de herramientas tecnológicas para producir imágenes, sonidos o texto. Hasta el momento, no se ha puesto en funcionamiento. La provincia de Chubut cuenta con un moderno Código Procesal Penal que contempla el uso de medios electrónicos. Admite el expediente electrónico, la presentación y producción de prueba mediante evidencia digital, y las comunicaciones y notificaciones electrónicas. Dicha provincia patagónica, ha instrumentado un sistema de notificaciones electrónicas que se realiza a través del servidor de correo electrónico del Poder Judicial, y utiliza certificados de clave pública emitidos por una Autoridad Certificante propia. Es una experiencia novedosa que aún no se ha masificado.

La provincia de Río Negro ha aprobado recientemente un Nuevo Código Procesal Civil y Comercial, el cual solamente menciona el tema en relación con las notificaciones, admitiendo el uso de notificaciones electrónicas firmadas digitalmente. Nada dice respecto de los medios de prueba en formato digital. En este estado de avance del derecho procesal, puede suponerse que, aunque los Códigos Procesales específicamente no contemplan el uso de medios electrónicos, está bastante generalizada la opinión de considerar equiparables los documentos electrónicos con la prueba documental que dichos Códigos admiten. Sin embargo, la duda surge en relación con la presentación de los medios probatorios en formato digital. Al no existir normas específicas, sumado al hecho de que los procedimientos tramitan en soporte papel, en expedientes tradicionales, el método que se aplique para la presentación de la prueba electrónica será crucial a la hora de analizar su valor probatorio. Aunque la evidencia digital sea admitida como tal, el Juez tiene toda la libertad de analizar y decidir sobre su validez como medio de prueba. En estos casos, una adecuada estrategia indicaría la conveniencia de complementar la pieza probatoria en sí, con informes técnicos que describan cómo fue obtenida, cómo fue conservada, y cómo fue presentada en soporte papel. En materia penal, dado que rige el principio de libertad probatoria, y que los medios electrónicos no están expresamente prohibidos, se considera que son admisibles en juicio, aunque se aplican los comentarios anteriores respecto de la producción, conservación y presentación de los medios de prueba en formato electrónico.

Nos encontramos entonces con que si bien los documentos electrónicos son de gran utilidad en materia laboral entre otras razones por su fácil almacenamiento, no es menos cierto que dada la casi inexistente normativa en el campo procesal, la prueba electrónica se constituye en una prueba difícil, compleja cuyo tratamiento requiere de conocimientos científicos lo que exige un

mayor esfuerzo por parte del Juez para comprender, entender y valorar este tipo de medio probatorio.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico ONU tiene por objeto posibilitar y facilitar el comercio por medios electrónicos ofreciendo a los legisladores un conjunto de reglas internacionalmente aceptables encaminadas a suprimir los obstáculos jurídicos y a dar una mayor previsibilidad al comercio electrónico. En particular, la Ley Modelo tiene la finalidad de superar los obstáculos que plantean las disposiciones legislativas y que no pueden modificarse mediante contrato equiparando el trato dado a la información sobre papel al trato dado a la información electrónica. Esa igualdad de tratamiento es esencial para hacer posibles las comunicaciones sin soporte de papel y para fomentar así la eficacia en el comercio internacional.

La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico fue el primer texto legislativo en que se plasmaron los principios fundamentales de la no discriminación, la neutralidad respecto de los medios técnicos y la equivalencia funcional, que están muy ampliamente reconocidos como los elementos fundamentales del derecho moderno que rige el comercio electrónico. El principio de la no discriminación asegura que no se denegarán a un documento sus efectos jurídicos, su validez o su ejecutabilidad por la única razón de que figure en formato electrónico. El principio de la neutralidad respecto de los medios técnicos obliga a adoptar disposiciones cuyo contenido sea neutral respecto de la tecnología empleada. Ante la rápida evolución tecnológica, el objetivo de las reglas neutrales es dar cabida a toda novedad que se produzca en el futuro sin necesidad de emprender una labor legislativa. En el principio de la equivalencia funcional se establecen los criterios conforme a los cuales las comunicaciones electrónicas pueden equipararse a las comunicaciones sobre papel. En particular, enuncia los requisitos concretos que deben cumplir las comunicaciones electrónicas para realizar los mismos fines y desempeñar las mismas funciones que se persiguen en el sistema tradicional basado en el papel con determinados conceptos, como los de "escrito", "original", "firma", y "documento".

Dicha normativa puede servir de base para las próximas reformas procesales con relación entonces de los datos que encontramos en medios telemáticos y distintos soportes/redes sociales MAXIME EN UNA CORRECTA DESCRIPCION Y ELABORACION DE PRUEBA INFORMATICA, en cuanto esa prueba demuestre que no ha sido manipulada, y haya una correcta conservación de la cadena de custodia de esta. ES LA PRUEBA FUNDAMENTAL en el tema que nos reúne.

Ahora bien como abogados realizar una correcta solicitud al perito informático hace que podamos ganar o perder el juicio tal y como surge de los antecedentes señalados ut infra.

Por ejemplo si solicitamos una pericia de mensajes de whatsapp podríamos pedir:

PERICIAL INFORMATICA: Se designe perito informático fin de que informe:

1. A que numero de línea móvil se encuentra vinculado el dispositivo XXX aportado por esta parte.
2. Indicar el IMEI que reporta el dispositivo XXX aportado por esta parte.
3. Determine si la cuenta de WhatsApp inserta en este dispositivo, se encuentra vinculada a la línea telefónica XXXX
4. A través del análisis del terminal, determine si con fecha XXX se produjo un intercambio de mensajes por medio de la app WhatsApp entre el móvil número XXX y el móvil número XXX.
5. De la compulsa del sitio web oficial del ENACOM ([https://www.enacom.gob.ar/buscador-de-prestadores\\_p1510](https://www.enacom.gob.ar/buscador-de-prestadores_p1510)), determine a que compañía prestadora de servicios telefónicos pertenece la línea XXX y la línea XXX.
6. Transcriba el contenido de los mensajes intercambiados, estableciendo los horarios exactos en que se produjeron y diferenciando cuales fueron emitidos y recepcionados por esta parte y por la contraria, conforme los datos extraídos del dispositivo.
7. Determine la integridad de los mensajes intercambiados.
8. Establezca específicamente que mensajes fueron visualizados (mediante el "tilde azul") por la línea XXX, conforme los datos extraídos del dispositivo.
9. Agregar todo otro punto de interés que el colega litigante considere necesario, a través del análisis particular del caso en cuestión.

En el caso de emails una correcta solicitud podría ser la siguiente:

- Si xxxx es titular de una cuenta de corre electrónico .....@.....com.ar
- Que el experto establezca todos los datos vinculantes que surgen de dicha cuenta.
- Si de la bandeja de entrada de la plataforma, surge que con fecha xxx, el sr. X remitió un mail a la parte contra bajo el asunto xxxx
- Que el xperto establezca desde que casilla de correo electrónico se remitió la comunicación y a que casilla fue dirigida.
- Que establezca el numero de ID de dicho correo
- De encontrarse activada la opción acuse de recibo de la casilla, establezca si se genero el correspondiente aviso con relación al mail xxxxx remitido a la parte contraria, como asi también aclare como es el funcionamiento de la herramienta y la certeza que provee acerca de la recepción/lectura del contenido por parte del destinatario.

- Que transcriba el contenido del intercambio, como así también mencione y acompañe los adjuntos que se hubieran remitido con la misiva.
- Que de la compulsión del material acompañado establezca desde que ip se generó dicha comunicación.
- Que establezca la fecha y hora de envío
- Que el perito determine la integridad de esa misiva
- Que el perito transcriba el contenido del correo electrónico e informe si existieron destinatarios en copia oculta o visible.
- Que aporte cualquier dato vinculante que permita establecer la autoridad e integración del correo electrónico.

Que de la compulsión de los dispositivos electrónicos de la contraria o el ingreso via webmail el perito dictamine:

- Si x es titular de la cuenta de correo electrónico [xxx@xxx.com.ar](mailto:xxx@xxx.com.ar)
- Que el experto establezca todos los datos vinculantes que surgen de dicha cuenta.
- Que establezca la integridad del soporte en el que se aloja la plataforma de mails de la parte demandada.
- Si de la bandeja de entrada de la plataforma surge con fecha xxx el sr.xx le remitio un email a la parte actora bajo el asunto xxx
- Que el experto establezca desde que casilla de correo electrónico se remitió la comunicación y a que casilla fue dirigida.
- Que establezca el id de dicho correo
- De encontrarse activa la opción de acuse de recibo establezca si se generó el correspondiente aviso con relación al mail ID.....como así también explique el funcionamiento de la herramienta y la certeza que provee acerca de la recepción/lectura del contenido por parte del destinatario.
- Que transcriba el contenido del intercambio y mencione/acompañe los adjuntos que se hubieran remitido.
- Que establezca desde que ip se generó dicha comunicación.
- Que establezca fecha y hora de envío
- Que determine si existen otros correos electrónicos que se condigan con la documental acompañada.

Debemos trabajar entre todos para contar con herramientas procesales modernas que permitan llegar en definitiva a la “verdad”.



Solicitar prueba anticipada, y que los jueces las habiliten, para que el juez designe perito informático que permita determinar el origen y recepción de los mensajes puede ser un posible camino de solución cuando el trabajador no puede pagar un perito de parte que allane el camino de la prueba.

Es función de todos los operadores jurídicos adaptarnos a los nuevos tiempos y ser flexibles ante la prueba aportada por las partes y/o las medidas tendientes a ello.

## **CONCLUSION**

Supiot (2007:169), sostiene que "el derecho y la técnica forman parte de una misma cultura y avanzan al mismo tiempo". Con el desarrollo de la informática a partir del último cuarto del siglo XX, podemos decir que vivimos en una sociedad de la información en la que cualquier actividad humana, aún las del entorno familiar, pueden ser objeto de difusión a través de las redes sociales, lo que nos llevaría a concebir la sociedad como un sistema de comunicaciones (Supiot, 2007:174).

***“La innovación ocurre cuando las personas que piensan de diferentes maneras enfrentan un problema de manera colectiva”.***

Es hora de dejar el miedo al cambio y empezar a ejecutar y pensar colectivamente las reformas que se necesitan para los cambios que se vienen y que son cada vez más rápidos. Todos tenemos el deber de pensar y administrar justicia modernamente.

## **BIBLIOGRAFIA**

- [https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/el-emprendedor-21-anos-apuesta-pais-menos-nid2499895?utm\\_medium=Echobox&utm\\_source=Facebook&fbclid=IwAR2Gno-S9H4I0bbob2ArM\\_oct1WV2aFLkxVAEXtLc\\_EAAJ728mP2UU7c1U8#Echobox=1605489598](https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/el-emprendedor-21-anos-apuesta-pais-menos-nid2499895?utm_medium=Echobox&utm_source=Facebook&fbclid=IwAR2Gno-S9H4I0bbob2ArM_oct1WV2aFLkxVAEXtLc_EAAJ728mP2UU7c1U8#Echobox=1605489598)
- <https://www.lanacion.com.ar/economia/negocios/quibert-inglebienne-la-tecnologia-ya-no-es-mas-una-herramienta-de-calculo-sino-una-humanistica-tal-nid29062022/>
- Medios de prueba electrónicos : estado de avance en la legislación argentina por MERCEDES RIVOLTA 2007 [www.saij.jus.gov.ar/Id\\_SAIJ:DACC070049](http://www.saij.jus.gov.ar/Id_SAIJ:DACC070049)
- La prueba electrónica en el proceso laboral Héctor Armando Jaime Martínez 0 [hjaimemartinez@gmail.com](mailto:hjaimemartinez@gmail.com) Universidad Católica del Táchira, Venezuela.
- SUPIOT, Alain (2007). Homo Juridicus Buenos Aires. Editorial Siglo XXI

- [https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic\\_commerce](https://uncitral.un.org/es/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce)