PRUEBA ELECTRÓNICA: INCORPORACIÓN, ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE CAPTURAS DE PANTALLA EN EL PROCESO DE FAMILIA

(Publicado originalmente en LA LEY 30/09/2019. Cita Online: AR/DOC/3148/2019)

Por Gastón E. Bielli*.

Comentario al fallo "M. E. B. c/ S. W. M. B. s/ PLAN DE PARENTALIDAD (QUEJA)" - Expte. 125731-2 de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata – Sala III.

SUMARIO: I. Introito. II. El fallo. III. La producción de prueba electrónica en el proceso judicial. IV. La aplicación de mensajería instantánea multiplataforma WhatsApp y las capturas de pantalla. V. Los principios probatorios aplicables para el fuero de familia. VI. Las capturas de pantalla y el carácter indicial de la prueba electrónica per se. VII. Análisis de lo decidido en el caso: ¿Pueden utilizarse capturas de pantalla para tener por acreditados la ocurrencia de sucesos acaecidos en el mundo virtual?

I. Introito.

Al día de la fecha, la informática y las nuevas tecnologías han impactado de forma trascendental en nuestras vidas, dado que es indiscutible que, en la actualidad, formamos parte de la "sociedad de la información".[1]

Y las relaciones intrapersonales de nuestros tiempos presentan un contexto fáctico muy distinto de lo que acontecía hace una o más décadas. La tecnología y la informática llegaron para quedarse y para transformar diametralmente la vida en sociedad. La constante presencia de una varia gama de instrumentos, aparatos o artefactos electrónicos y el continuo uso de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) son moneda corriente en todas las relaciones modernas.

La omnipresencia es una característica que la interconectividad comporta actualmente. Gracias a las nuevas tecnologías, el acceso masivo a Internet no tiene

[1] BIELLI, G. E. - NIZZO, A. L. "Derecho procesal informático". La Ley. Buenos Aires. 2017.P. 10

límites, siendo que puede acortar las distancias y neutralizar la idea del tiempo y espacio. Estos factores involucran necesariamente una conexión de hechos y eventos jurídicos de manera constante, que hacen preciso que surjan nuevas formas de protección o tutela efectiva sobre los sujetos en el contexto jurídico actual.[2]

En esta senda, la doctrina especializada ha sostenido oportunamente que, a diario, asistimos a la incorporación de la comunicación electrónica a nuestras vidas, en virtud de lo cual se originan nuevas formas de expresión del consentimiento, mediante la digitalización de la voluntad de los sujetos intervinientes —el correlato de la manifestación ha sido transformado en bits—, a lo que se suma la maravillosa versatilidad del documento electrónico para representar prácticamente todo lo representable (imagen, sonido, movimiento).[3]

Hoy en día existe una enorme cantidad de supuestos en los que los hechos conducentes y relevantes, necesarios para la solución del conflicto judicial se materializan en soportes electrónicos o digitales. Siendo que esta temática es de gran interés para las partes que necesitan producir la correspondiente canalización de los mismos como elementos probatorios, a fin de fundamentar sus pretensiones.

Es en dicha senda que, nosotros, hemos definido a la prueba electrónica como aquella prueba cimentada en la información o datos, con valor probatorio, que se encuentran insertos dentro de un dispositivo electrónico o que hubiera sido transmitida por un medio afín, a través de la cual se adquiere el conocimiento sobre la ocurrencia o no de hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos, o cuestionados, y que deban ser invocados dentro de un proceso judicial.[4]

Y lo distintivo de la prueba electrónica es que está esencialmente vinculada a hechos o actos jurídicos ocurridos en o realizados a través de medios informáticos. Es decir, resulta determinante que los hechos asuman una configuración informática.

Pues bien, los sistemas mensajería instantánea entre personas, como WhatsApp, se han configurado como un método probatorio por excelencia para acreditar hechos que las partes hayan afirmado como fundamento de sus derechos. Por esta razón, los diálogos, audios, imágenes o videos que se comparten en tales conversaciones se han convertido en una importante fuente de prueba que puede ser

[2] BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. “La prueba electrónica. Teoría y práctica”. Thomson Reuters - La Ley. Buenos Aires., 2019. P. 2.
[3] QUADRI, G. H., "Prueba informática: medios en particular", en Camps, Carlos E. (Director). Tratado de derecho procesal electrónico. Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2019. Pág. 277.
[4] BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. “La prueba electrónica…” Ob. Cit. P. 6.

introducido al juicio a través de los diversos medios de prueba consagrados en la normativa ritual.[5]

Aclarado lo anterior, de forma subsiguiente analizaremos un reciente fallo de la Cámara Segunda Civil y Comercial de la Plata – Sala III, donde se trató la debida incorporación y admisibilidad de un elemento probatorio especifico como resultan ser las llamadas “capturas de pantalla”, “pantallazos” o “screenshots”.

II. El fallo.

El pronunciamiento en comentario se trata de una sentencia dictada por el reseñado Tribunal el día 9 de septiembre de 2019, en el marco de los autos caratulados “M. E. B. c/ S. W. M. B. s/ PLAN DE PARENTALIDAD (QUEJA)”, expediente número 125731-2.

Conforme surge de los antecedentes del pronunciamiento, en primera instancia se denegó la aportación de prueba efectuada (copias de pantalla de mensajes) donde se denunciaba un incumplimiento en el marco del régimen de contacto paterno filial establecido oportunamente.

Ante dicho resolutorio, se alza la parte demandada solicitando que se proceda a la efectiva incorporación del material probatorio al proceso judicial siendo que, según ella, fue correctamente aportado.

Los magistrados de la Cámara, finalmente, resuelven hacer lugar al recurso ordenando que se modifique la decisión recurrida, procediéndose a la admisión (léase aquí lo importante: admisión sin inmiscuirse sobre la cuestión de la valoración) de dicha prueba documental bajo el cimiento de la especialidad del fuero en lo que respecta a los derechos fundamentales y garantías en juego.

Introducidos los antecedentes del caso, continuaremos con el análisis pormenorizado de la temática.

III. La producción de prueba electrónica en el proceso judicial.

Es sabido que los medios probatorios son los mecanismos legales a través de los cuales las fuentes probatorias se revelan ante el juez, para que el mismo pueda conocer, directa o indirectamente, los hechos o actos que precedieron a la contienda.

El art. 378 del Codigo Procesal Civil y Comercial de la Nación (376 en el caso de la Provincia de Buenos Aires), establece que: “La prueba deberá producirse por los medios previstos expresamente por la ley y por los que el juez disponga, a pedido de parte o de oficio, siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los

[5] BIELLI, G. E. "Los mensajes de WhatsApp y su acreditación en el proceso civil". Publicado en el Diario La Ley del 29/10/2018. Cita online: LLAR/DOC/1962/2018.

litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso. Los medios de prueba no previstos se diligenciarán, aplicando por analogía, las disposiciones de los que sean semejantes o, en su defecto, en la forma que establezca el juez".

Adelantamos que nuestro derecho procesal moderno se encuentra erigido con base en el principio de "libertad o amplitud de prueba". A través del mismo, las partes pueden hacer uso de todos los medios de prueba que tengan a su alcance con el objeto de procurar mayor certeza en el juzgador, siempre y cuando estos no estén expresamente prohibidos por ley para el caso que se trate. Es decir, se prevé explícitamente que los medios probatorios no se encuentran en modo restringidos a los codificados expresamente, siendo que estos pueden ampliarse en el caso de ser necesario a fin de probar situaciones jurídicas que requieran un encuadre procesal particular, aspecto de sumo valor a la hora de tener que acompañar u ofrecer prueba de origen electrónico.[6]

Centrándonos en el plano de la prueba electrónica, debemos partir de la existencia de un novedoso escenario, caracterizado por el exponencial e ininterrumpido crecimiento de las fuentes probatorias de naturaleza digital, producto de la acelerada evolución tecnológica y la utilización masiva de los instrumentos electrónicos o digitales en todos los sectores de la vida social. Nos encontramos con nuevos instrumentos informáticos, multimedia y/o de comunicaciones, así como con novedosos formatos y soportes: teléfonos móviles, smartphones (Iphones, Androids y otros teléfonos inteligentes), tabletas, ordenadores, dispositivos USB, ZIP, CD-Rom, DVD, reproductores de MP3 o MP4, servidores de información, PDAs, navegadores, pantallas táctiles en automóviles...; sin olvidar el relevante ámbito del cloud computing.[7]

De ello se colige, como fácilmente podrá advertir el lector, que ante la existencia de una gran variedad de medios de prueba consagrados en nuestra normativa de forma (prueba documental, testimonial, informativa, pericial, reconocimiento judicial, entre otros.), la prueba electrónica puede ser canalizada a fin de demostrar su existencia, integridad, autoría y contenido, a través del ofrecimiento simultaneo y acumulado de varios de ellos.

Sin embargo, esta tarea no resulta ser tan fácil como parece, o, al menos, ofrece algunas peculiaridades muy distintas en comparación con la prueba tradicional.

---

[6] Empero, estas libertades y amplitudes que gozan las partes no implican en los hechos un libertinaje probatorio, sino que, por el contrario, todo elemento de convicción que desee acompañarse u ofrecerse en pleito, a través de un medio probatorio contemplado —o no—, indefectiblemente deberá encausarse en las oportunidades y bajo las formalidades o presupuestos previstos en la legislación procesal.

[7] DELGADO, M. J., "La prueba del Whatsapp". Diario La Ley España del 15/9/2015. nro. 8605. Sección Tribuna.

Es que en atención a la falta de adecuación adjetiva de la normativa de forma a las nuevas variables probatorias, otro de los desafíos que debemos superar exitosamente reside en saber cómo ajustamos los clásicos medios probatorios (su anexión, producción, impugnación y valoración), a las improntas propias de la prueba electrónica, que no siempre encajan como una pieza perfecta del rompecabezas, sino que por el contrario, en algunos supuestos, requiere de adaptaciones necesarias para su debida materialización o cuestionamiento, como así también para resguardar la integridad del elemento probatorio, todo ello siempre teniendo en miras el respeto del derecho de defensa en juicio de las partes.[8]

IV. La aplicación de mensajería instantánea multiplataforma WhatsApp y las capturas de pantalla.

a) Características propias de la plataforma.

La aplicación WhatsApp Messenger es un servicio de mensajería instantánea multiplataforma (propiedad de Facebook Inc.), que se utiliza masivamente en el mundo bajo el esquema freeware.[9]

Esta aplicación, como función primaria, permite el envío entre sus usuarios de mensajes de texto y, a través de diversas funcionalidades secundarias, se pueden generar llamadas de voz, llamadas mediante videoconferencia y hasta compartir la ubicación geográfica de los usuarios que interactúan a través de la plataforma. También admite el envío y recepción de imágenes, videos, documentos, entre otros tipos de archivos.[10]

Para su empleo, es requisito esencial (al dia de la fecha) contar con un número móvil celular estándar, que será vinculado a la cuenta de usuario de quien quiera acceder al sistema al momento de fundar la misma. Y, aunque la aplicación se ejecuta desde un dispositivo móvil, también se puede acceder a ella desde

[8] BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. "La prueba electrónica…" Ob. Cit. P. 169.

[9] En su origen, la aplicación fue creada por WhatsApp Inc. con sede en Mountain View, California, siendo que, a posteriori, fue adquirida por Facebook en febrero de 2014 por aproximadamente US $ 19.3 mil millones. En febrero de 2018, WhatsApp tenía más de mil quinientos millones de usuarios, lo que la convirtió en la aplicación de mensajería más popular del mundo en ese momento. Fuente: https://www.eltiempo.com/tecnosfera/novedades-tecnologia/numero-de-usuarios-de-whatsapp-en-febrero-de-2018-178184.

[10] Recordemos que se ha considerado a los mensajes por WhatsApp – en lo que respecta a su función de intercambio comunicacional- como correspondencia, en base a que el artículo 318 del Codigo Civil y Comercial de la Nación ha ampliado esta concepción a los nuevos medios de comunicación tecnológicos y abarcando tanto la epistolar como los mensajes de texto creados o transmitidos por línea de celular, por plataformas o por los nuevos medios que pudieren venir eventualmente. Fallo de la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de la provincia de Mendoza en autos "Llopart Ricardo José c/ Lombardich Luis y ot. p/ Cob. de Pesos". Expte Nro. Nº 253.184/52.190. Sentencia del 2 de junio de 2017.

computadoras de escritorio o incluso tablets, por medio de la plataforma WhatsApp Web.

b) Las “capturas de pantalla” o “pantallazos”. El apartado técnico.

Técnicamente definimos a las capturas de pantalla como aquella imagen digital de lo que debería ser visible en un monitor de computadora, televisión u otro dispositivo de salida visual. [11]

Es así que el ingreso al expediente judicial de meras capturas de pantalla es la metodología más utilizada por los letrados, a fin de demostrar la ocurrencia de hechos que se canalizan vía plataformas de mensajería instantánea (más aun en cuestiones ventiladas dentro del proceso de familia). Estos "pantallazos", en la mayoría de los casos, son impresos por la parte y aportados al expediente como prueba documental, sin intervención de un fedatario público.[12]

A través de los mismos se procura lograr un indicio sobre si un determinado contenido fue transmitido por la red a un determinado usuario destinatario (caso sistemas de mensajería) o, por ejemplo, determinar la existencia de una publicación en una red social (v.gr. Facebook o Twitter).

Adelantamos que, como regla general, coincidimos plenamente con Rojas en que dicha forma de presentar la prueba puede generar al juzgador serias dudas sobre su autenticidad y, en consecuencia, disminuir su valor probatorio obligando al juez a valorar esa prueba en conjunto con el resto del ramo probatorio presentado por las partes, como puede ser el propio interrogatorio de la parte o declaraciones de otros testigos o, incluso, puede llevar a denegar su consideración como documento en sí mismo, si es controvertido por la contraria. Volveremos sobre este punto más adelante.[13]

c) Normativa aplicable.

[11] Existen, a la fecha, diversas metodologías para la obtención de capturas de pantalla, siendo que las mismas varían según el sistema operativo que se esté utilizando. A modo de ejemplo, el soporte de captura de pantalla se agregó a Android de forma nativa recién a través de la versión 4.0 (Ice Cream Sandwich). Actualmente las capturas de pantalla se pueden tomar mediante la combinación de una serie de botones en el dispositivo móvil (p. ej. en dispositivos Samsung, la combinación es volumen arriba + botón de power). En este caso la captura de pantalla se guardará en formato .png en la memoria interna del dispositivo. La segunda opción asiduamente utilizada comprende el hecho de obtener la captura mediante el empleo de otro dispositivo electrónico a través del cual se fotografíe la pantalla de aquel primario donde existen el intercambio comunicacional.

[12] Refiriéndonos a WhatsApp, al momento de escribirse estas palabras, la posibilidad de obtener capturas de pantalla sobre las conversaciones generadas en la plataforma es irrestricta.

[13] ROJAS, R., "La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos los 'pantallazos'?". Recuperado de: http://raulrojas.es/234-2/.

Se ha conceptualizado el documento electrónico como aquel que ha sido creado sobre un ordenador, grabado en un soporte informático y que puede ser reproducido, definiéndoselo —también— como un conjunto de campos magnéticos, aplicados a un soporte, de acuerdo con un determinado código.[14]

Volcándonos al entramado normativo local, el documento electrónico es receptado y referido primariamente a través de la ley 25.506[15] de Firma Digital siendo que en su artículo 6 se establece que: "Se entiende por documento digital a la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, siendo que, a su vez, un documento digital también satisface el requerimiento de escritura".[16]

Y en lo que respecta a la temática de este trabajo, la jurisprudencia, hace ya un tiempo, se ocupó de señalar que en el estado actual de nuestra legislación, los documentos electrónicos constituyen un medio de prueba que tiene suficiente sustento normativo, resaltando expresamente que se trata de prueba documental.[17]

Pasando ahora al Codigo Civil y Comercial de la Nación, el artículo 286 establece que: "La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos".

Como sostiene Lorenzetti, este artículo introduce el concepto de soporte, y por ende el de la grafía, con un criterio muy amplio: todo aquel elemento que permita representar el contenido de modo que los sujetos a los que va dirigido puedan enterarse del mismo, aun cuando para ello deban emplear medios técnicos. De este modo se incluye en la categoría de instrumentos a los llamados documentos electrónicos.[18]

---

[14] FALCÓN, E. M., Tratado de derecho procesal civil y comercial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, t. II, p. 897.

[15] Sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada de hecho en diciembre 11 del mismo año. consta de 53 artículos distribuidos en once capítulos, un anexo, y fue reglamentada primariamente por decreto 2628 del año 2002 para luego derogarse este último siendo reemplazado por el decreto 182/2019

[16] Coincidimos con Gini al entender que el nombre estrictamente correcto que debería haberse empleado en la redacción normativa para esta clase de documentos es "documento electrónico" en lugar de "documento digital". Para ampliar ver: GINI, S. L. Documentos y documento electrónico. Publicado en La Ley. 3 de marzo de 2019. Cita Online: AR/DOC/679/2010

[17] CCiv., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, 9/12/2004, "Pérez, Elizalde R. F. c. ASISMED SA s/cobro pesos", Abeledo-Perrot nro. 33/13471.

[18] LORENZETTI, R. L. Codigo Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Rubinzal. Culzoni editores. Buenos Aires. Tomo II. Pag 114.

Efectivamente y cómo surge al efectuarse un análisis integral, la expresión escrita tiene asidero tanto en los instrumentos públicos como en los instrumentos particulares firmados o no firmados, siendo que en la actualidad nos encontramos ante un nuevo soporte, el digital, ampliándose la noción de escritos o documentos a aquellos generados en forma electrónica.

Y concretamente podemos decir que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos porque en ellos se recogen expresiones del pensamiento humano o de un hecho y las incorporan a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinado suceso. [19]

Finalmente, en lo que hace a este acápite, el art. 287 del CCCN, establece que: "Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información."

Avizoramos que nuestra normativa divide y clasifica a los instrumentos privados, según se encuentren firmados o no. En primer lugar, son propiamente dichos instrumentos privados, aquellos que se encuentren firmados, y se establece como instrumentos particulares, a los que no lo están.

No es nuestra intención entrar en la cuestión de la firma sobre documentos electrónicos, asunto hartamente tratado ya por la doctrina especializada, pero si debemos establecer que, en base a lo mencionado por la norma, los mensajes de WhatsApp son efectivamente documentos electrónicos en su carácter de instrumentos particulares no firmados, debiendo ser valorados -prima facie- bajo dicha naturaleza.[20]

Correlacionando todo lo dicho hasta aquí con la prueba electrónica, advertimos que en doctrina se ha señalado que la relevancia de este tipo de prueba (derivada de avances tecnológicos) adquiere nuevos significados en los procesos de

[19] Escuela Nacional de la Judicatura de República Dominicana, "Seminario Valoración de la Prueba II - Jurisdicción Civil", Santo Domingo, 2002, p. 45.

[20] El artículo 1020 del Codigo Civil y Comercial establece que: "…Se considera principio de prueba instrumental a cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato." La doctrina considera un principio de prueba por escrito a cualquier documento existente, público o privado, que emane del adversario, o de parte interesada en el asunto, y que haga verosímil el hecho litigioso. Para ampliar acerca de la naturaleza jurídica de los documentos electrónicos y las cuestiones relativas a la prueba ver: BIELLI, G. E. – ORDOÑEZ, C. E. Valoración probatoria de documentos suscriptos mediante la tecnología de firma electrónica. Publicado en Erreius. Temas de Derecho Procesal. Septiembre de 2019.

familia, puntualmente en virtud del principio de libertad y amplitud probatoria que rige la materia y que el nuevo Cód. Civ. y Com. ha receptado.[21]

Lo trataremos a continuación.

V. Los principios probatorios aplicables para el fuero de familia.

Siendo el fuero de familia un campo que reviste especial atención respecto a los derechos fundamentales y garantías que se encuentran muchas veces en pugna (propios de las relaciones interpersonales derivadas), es que tanto en la doctrinaria como en la jurisprudencialmente han emergido, a través de los años, una serie de principios probatorios que deben aplicarse sobre este tipo de proceso. Pues como es sabido, cuando se trata de hechos que ocurren dentro del núcleo familiar, por tratarse de relaciones muy cercanas, es posible que dichos hechos sean difíciles de demostrar.

Pues bien, como norma cardinal, el artículo 710 del CCyCN establece expresamente: “Principios relativos a la prueba. Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar”.

Entonces, se vislumbra que legislador estableció principios probatorios específicos aplicables al fuero, los cuales no están dirigidos a dirimir casos específicos en el ámbito probatorio sino que están dirigidos a permitir al juez la admisión y valoración de las pruebas con un criterio de remarcada amplitud.

Aquí concebimos la materialización del denominado principio “favor probationes”, que supone que en caso de una duda objetiva y, especialmente, de dificultad probatoria —como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia—, habrá de estarse por un criterio amplio y flexible en tomo a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas, teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas normalmente no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros y se rodean, antes bien, de recaudas que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tomarla muy dificultosa.[22]

Es decir, se flexibiliza las reglas aplicables para la admisión y valoración de las pruebas, permitiéndose al juez la admisión del elemento probatorio, como una forma de subsanar los problemas que pueden suscitarse al invocar y demostrar cualquier hecho relacionado con el ámbito familiar. Reiteramos entonces que, a la luz de dicho principio, las pruebas presentadas deben ser primariamente admitidas por el

[21] YUBA, G., "Influencia de las nuevas tecnologías en los procesos de familia. Sobre el valor probatorio de correos electrónicos y mensajes de texto", elDial.com - DC1F82.

[22] K1ELMANOVICH, Jorge L., Derecho Procesal de Familia, I' ed., Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 19/20. Del mismo autor, ver El principio del "favor probationes", en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 10, LexisNexis, Buenos Aires, 1996, p. 75.

juzgador, siempre y cuando no sean manifiestamente infundadas o incongruentes, independientemente de cómo sean valoradas a posteriori en el momento de dictarse la respectiva sentencia.

Ahora bien, el principio favor probationes se encuentra complementario por otros principios que enumeraremos a continuación (siendo, desde ya, una enumeración no taxativa).

a) El principio de amplitud probatoria.

El principio de amplitud probatoria adquiere especial importancia cuando se trata de hechos alegados en juicio y que son de difícil comprobación, lo cual y por lo general, siempre ocurre en los procesos judiciales relacionados con el fuero en tratamiento. En estos casos, ante la necesidad de ayudar a la parte que tiene mayores problemas para presentar sus probanzas, el juez debe buscar ir más allá de la mera actuación que normalmente desempeña en materia probatoria, facilitado la admisibilidad de aquel material necesario para demostrar la ocurrencia o no ocurrencia de los hechos alegados.

El mismo se encuentra cabalmente vinculado al precepto general anterior. Es así que, como bien sostiene Quadri, dicho principio viene a nuestra ayuda al momento de tener que resolver una cuestión dudosa. En tal contexto, pensamos que la solución más acorde con el principio de amplitud es aquella que permita el ingreso del mayor caudal probatorio posible al proceso…[23]

b) El principio de libertad probatoria.

Nosotros ya hemos considerado que el principio de libertad probatoria es aquel que permite exteriorizar en el proceso la posibilidad de utilizar cualquier medio de prueba no prohibido explícitamente por la ley o que fuera obtenido en forma ilícita con el objeto de establecer la ocurrencia positiva o negativa de un hecho acaecido en el plano de la realidad (o, como es en este caso, en el plano virtual).[24]

Autorizada doctrina ha dicho que este principio se compone de dos aspectos: libertad de medios de prueba y libertad de objeto. Lo primero sígnica que la ley no debe limitar los medios admisibles, sino dejar al juez la calificación de si el aducido o solicitado tiene relevancia probatoria; lo segundo implica que pueda

[23] QUADRI, G. H. Incidencia del Código Civil y Comercial en materia probatoria. Publicado en Thomson Reuters – La Ley. 4 de enero de 2018. Cita: RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 38

[24] BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. "La prueba electrónica…" Ob. Cit. P. 557.

probarse todo hecho que de alguna manera influya en la decisión del proceso y que las partes puedan intervenir en su práctica.[25]

c) El principio de flexibilidad probatoria.

Para dar con el principio de flexibilidad aplicable a la materia, debemos partir del teorema general que es establecido por el principio de la legalidad de las formas.

Decimos entonces que la regla general es la aplicación del principio de legalidad de las formas, según el cual cualquier acto probatorio debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley vigente. Pero, a diferencia de ello, el principio de libertad de las formas permite a las partes efectuar las actividades introductorias en cualquier momento, modo y lugar, por mutuo acuerdo de las partes.[26]

En síntesis, para que un elemento pueda ser considerado como prueba válida dentro del proceso debería, por un lado, llevar al juez a la certeza sobre la existencia de un hecho y, por el otro, cumplir con una serie de condiciones formales, especialmente relacionadas con su obtención y registro. El objetivo es obtener elementos que no estén sospechados de amañados o distorsionados y que sirvan al juez para cumplir su función específica de decir el derecho, fijar los hechos y resolver en consecuencia.[27]

Ahora bien, Quadri explica que para el caso del proceso de familia, este principio se atenúa ante medios de prueba no previstos (donde se recurre a la analogía o a lo que establezca el juez), fundamentalmente al tener en cuenta que no le es posible al legislador predecir, exhaustivamente, las diversas situaciones que en los concretos (*y* futuros) procesos judiciales podrían presentarse, más aún ante el

[25] DEVIS ECHANDIA, H. Teoría general de la prueba judicial. Victor P. De Zavalia – Editor. Buenos Aires. 1981. Tomo 1. p. 131.

[26] Este principio tiene dos aspectos importantes que se deben considerar: 1. Para que la prueba tenga validez, se requiere que sea llevada al proceso con los requisitos procesales establecidos en la ley. 2. Que se utilicen medios moralmente lícitos y por quien tenga legitimación para aducirla. Las formalidades son de tiempo, modo y lugar y se diferencian según la clase de proceso y el sistema oral o escrito, inquisitivo o dispositivo, consagrado para cada uno. En conclusión, este principio exige que la prueba provenga de un sujeto legitimado para aducirla, se requiere también que el funcionario que la reciba o practique tenga facultad procesal para ello. (jurisdicción y competencia). No importa el interés personal que haya originado la prueba, sino que quien la aduzca, tenga legitimación para intervenir en la actividad probatoria del proceso y que ella sea practicada oportunamente. MIDON, M. S. Derecho probatorio. Parte general. Ediciones jurídicas cuyo. 2007. Pag. 78.

[27] LOPEZ DEL CARRIL, E. V. La prueba tecnológica y el principio de libertad probatoria. Publicado en El Derecho. [284] - (30/08/2019, nro 14.702)

vertiginoso avance no solo de las ciencias, sino también de las relaciones intersubjetivas, con las nuevas necesidades que ello puede aparejar.[28]

En nuestra opinión, conforme las particularidades del fuero, es necesario aplicar este último principio bajo el fundamento en que las formas jamás podran prevalecer sobre el fondo de la cuestión ventilada.

VI. Las capturas de pantalla y el carácter indicial de la prueba electrónica per se.

Pues bien, en primer lugar, debemos establecer y dejar claro un necesario distingo.

Las capturas de pantalla impresas, no son prueba electrónica, sino una mera representación física materializada en soporte papel de un hecho acaecido en el mundo virtual. Y en base a lo fundamentado, asentamos primariamente que una simple aportación de estas copias impone la efectiva omisión de importante información, de la cual el juzgador carecerá al momento de efectuar su valoración y consecuentemente proceder al dictado de la sentencia.

Reiteramos, esa copia no es el documento electrónico original generado a través de la plataforma de mensajería, sino una simple reproducción del mismo (carente de metadatos[29]), que por más que permite entrever la ocurrencia de aquellos sucesos invocados, no causa per se la necesaria convicción como para tener a estos por ocurridos. Tampoco se podrá establecer la integridad del documento (es decir, que el mismo no fue alterado por la parte o por terceros), o asegurar su necesaria preservación a los efectos de ser peritado con posterioridad.

Y es aquí cuando entramos a unos de los puntos más importantes del presente trabajo. Nos referimos a las posibles manipulaciones y/o falsificaciones que pueden sucederse sobre estos elementos probatorios, todo conforme pueden ser objeto de alteraciones de todo tipo y tenor, enseñando una información irreal, distinta o confusa, con el fin de inducir a un convencimiento erróneo o disociado -dirigido al juzgador- de la realidad de los hechos o actos que representan o muestran.

[28] QUADRI, G. H., "Prueba informática: medios en particular", en Camps, C. E. (dir.), Tratado de Derecho Procesal Electrónico. Ya cit. T. II. P. 309.

[29] Metadatos significa "más allá de los datos", aludiendo a datos que describen otros datos en forma específica. Es decir, describen el contenido de los archivos o la información de los mismos, siendo que se utilizan para resumir información básica que puede facilitar el seguimiento y el trabajo, en la investigación forense, con datos específicos. Por ejemplo: medios de creación, propósito, hora y fecha de generación, autor de los datos, ubicación en una red de computadoras, estándares utilizados, tamaño del archivo, calidad, origen de los datos, proceso utilizado para crear los datos, entre mucha otra información vinculante.

De esa manera, utilizándose un simple software de edición, un archivo digital impreso que contenga texto puede ser objeto de alteraciones, supresiones (totales o parciales), o manipulaciones, según las preferencias del usuario de turno, quien hoy en día tiene a su alcance una variada gama de programas de este estilo, que van desde lo más sencillos, hasta lo más complejos.[30]

Nadie puede desconocer las variadas funcionalidades de las herramientas informáticas modernas que se encuentran a disposición de cualquier persona que adquiera el software en cuestión (pago o gratuito), profana —o no— en la materia, que son capaces de cambiar colores, objetos, sujetos, tamaños de cosas, contenido, sentido de audios y videos, y hasta recrear un escenario totalmente distinto e irreal, entre muchos otros, agravado por el hecho que, además, poseen una enorme aptitud para pasar desapercibidos frente a los ojos de la generalidad de las personas.

VII. Análisis de lo decidido en el caso: ¿Pueden utilizarse capturas de pantalla para tener por acreditados la ocurrencia de sucesos acaecidos en el mundo virtual?

Aclarado lo anterior, no descartamos estos elementos probatorios puedan ser incorporados, admitidos, acreditados y valorados en el marco de un proceso judicial cualquiera sea el fuero donde se encuentre el trámite en cuestión, pero siempre bajo un carácter meramente indiciario, con fundamento en lo sostenido en el acápite anterior.[31]

Entonces, las capturas pantalla impresas e incorporadas al trámite judicial se constituyen primariamente como prueba indiciaria, que bien alberga la posibilidad de tener el carácter de univocidad según con la cantidad y primordialmente la calidad del material probatorio que faciliten las partes dentro del pleito.

Consideramos firmemente que dicho material probatorio jamás puede ser el único elemento aislado valorativo-probatorio y generador de convicción que de origen a una sentencia definitiva. El mismo debe ser apreciado en conjunto con otros elementos de prueba que tornen verosímil la existencia o inexistencia del hecho controvertido y alegado por las partes.[32]

---

[30] Para ampliar sobre la cuestión ver: BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. "La prueba electrónica. Teoría y práctica". Editorial Thomson Reuters – la Ley. Buenos Aires. 2019. Capitulo XII: "Adulteraciones y manipulaciones de prueba electrónica".

[31] Prueba indiciaria es aquella que permite tener por acreditados determinados hechos, en el marco de un proceso judicial, sobre los cuales no existe una prueba directa, siendo que, a partir de considerar probados otros hechos conexos y acumulados, se logra revestir de certeza al hecho principal que se intenta probar.

[32] Dejando de lado las probanzas relativas al fondo de la cuestión, en materia de prueba electrónica relativa a la fuente "WhatsApp" bien podría aportarse al proceso el documento electrónico mediante la

De todas maneras, el fallo en tratamiento es claro en que no trata la efectiva valoración judicial de las capturas de pantalla sino su admisibilidad en el proceso. Y no podemos dejar de coincidir con lo pronunciado por los magistrados de la Cámara.

En este mismo orden de ideas, es importante distinguir dos aspectos: la admisión de la prueba, la cual implica la aceptación del medio probatorio en el juicio respectivo; y la valoración de la prueba, lo cual conlleva a que el juez determine al momento de dictar sentencia, que el medio probatorio promovido es eficaz para demostrar los hechos correspondientes.

Entonces, en el ámbito del proceso de familia, es sumamente necesario que el juez preferiblemente se pronuncie a favor de la admisibilidad probatoria, incluso cuando existan dudas, aunque posteriormente la prueba promovida no permita demostrar los hechos alegados. Es que, de lo contrario, se podría ocasionar un daño irrecuperable a la parte que presentó la prueba, al impedirse su valoración al momento de dictar sentencia, por la no admisión o rechazo de la misma bajo el fundamento de haber sido considerada improcedente.

Como bien sostiene el fallo, el criterio expuesto es consecuencia de la materialización del principio de la realidad, el cual conlleva a moderar o atenuar los principios generales en materia probatoria establecidos en el ordenamiento jurídico tradicional, en lo atinente a la admisibilidad, pertinencia y valoración de los medios probatorios promovidos en los procesos judiciales de familia.

Concluimos en que los principios rigentes y particulares del fuero imposibilitan – a prima facie - el descarte del material probatorio in limine, siendo necesario incorporarlo, admitirlo y luego si, proceder a valorar su eficacia probatoria en pos de tener por ocurridos o no los hechos que alegan las partes. Este es el camino correcto que revestirá de plena eficacia a la sentencia dictada por el juzgador.

****

exportación de los chats de la plataforma, y/o la aportación del dispositivo en el que se encuentre la conversación, y/o solicitar prueba pericial informática, y/o prueba de informes a las compañías de telefonía celular, y/o aportar acta de constatación correctamente labrada por notario público, y/ prueba testimonial, y/o solicitar reconocimiento judicial entre otras. Para ampliar en profundidad sobre como ofrecer cada uno de los medios de prueba y los demás elementos probatorios ver: BIELLI, G. E. - ORDOÑEZ, C. J. “La prueba electrónica. Teoría y práctica”. Editorial Thomson Reuters – la Ley. Buenos Aires. 2019. Capitulo XVII: “WhatsApp”.

* **Gastón E. Bielli.** Maestrando en Derecho Procesal (UNR). Secretario de la Comisión de Informática del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (ColProBA). Presidente del Instituto Argentino de Derecho Procesal informático. Presidente de la Comisión de Derecho Informático del Colegio de Abogados de Lomas de Zamora. Director del suplemento “Expediente Electrónico” de elDial.com. Docente – UNLZ.