

TRABAJO FINAL DE GRADUACION



LA PRUEBA DIGITAL Y ELECTRÓNICA EN EL PROCESO LABORAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA

ALUMNO: ALABARCE LUCAS GASTÓN

DNI: 33.354.061

LEGAJO: VABG70615

CARRERA: ABOGACÍA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN APLICADA

AÑO: 2019

RESUMEN

El presente es un trabajo final de grado que se avoca a indagar dentro de la rama del derecho privado siendo el área de interés el derecho laboral. Específicamente el tema que se aborda es el de la valoración probatoria de los medios digitales y electrónicos en el proceso laboral. Por lo tanto, el punto de vista desde el cual será realizado es de tipo normativo, puesto que se indagará acerca de qué establece el ordenamiento jurídico argentino respecto del tipo de pruebas mencionadas.

Específicamente el problema de investigación que se afronta en el presente trabajo refiera a: ¿Qué relevancia otorga el ordenamiento jurídico argentino a las pruebas de origen digital y electrónicas dentro del proceso laboral?

PALABRAS CLAVES

Pruebas digitales; pruebas electrónicas; proceso laboral; derecho laboral

ABSTRACT

The present is a final degree project that is devoted to work within the branch of private law being the area of interest the labor law. Specifically, the subject that is addressed is the probative assessment of digital and electronic media in the labor process. Therefore, the point of view from which it will be carried out is of a normative type, since it will be inquired about what the Argentine legal system says regarding the type of evidence mentioned.

Specifically, the research problem that is addressed in this work refers to: What relevance does the Argentine legal system give to digital and electronic evidence in the labor process?

KEYWORDS: Digital tests; electronic tests; labor process; labor law

ÍNDICE

TRABAJO FINAL DE GRADUACION	1
ÍNDICE	3
INTRODUCCION	5
CAPÍTULO 1:	7
LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL LABORAL	7
Introducción	8
1.1- Las pruebas en el derecho procesal de la nación. Generalidades	8
1.2- Fuentes, medios, objetos y elementos de prueba	10
1.3- Las pruebas digitales y electrónicas dentro del derecho procesal laboral Cordobés. Aspectos básicos y problemáticas generales	12
1.4- Principios generales del derecho que contemplan a las pruebas en el proceso laboral	16
Conclusión parcial	18
CAPÍTULO 2:	20
LAS NUEVAS FUENTES DE PRUEBA EN LOS PROCESOS LABORALES	20
Introducción	21
2.1- Las nuevas tecnologías y su influencia en el proceso laboral	21
2.2- Principales características de las fuentes probatorias de base digital y electrónicas	24
2.3- La prueba digital y electrónica como medio documental	25
2.4- Los peritos informáticos y su importancia	27
2.5- La firma digital	30
Conclusión parcial	33
CAPÍTULO 3	35
ESTUDIOS SOBRE LAS PRUEBAS DIGITALES Y ELECTRÓNICAS	35
Introducción	36
3.1- Estudios doctrinarios sobre las pruebas digitales y electrónicas	36
3.2-Soluciones en el derecho comparado	39
3.3-Aspectos positivos y negativos de las nuevas tecnologías probatorias	43
3.4-jurisprudencia relevante en materia de prueba digital y electrónica	45
Conclusión parcial	48
Conclusiones Finales	49

<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	50
<u>Doctrina</u>	50
<u>Jurisprudencia</u>	51
<u>Legislativa</u>	51

INTRODUCCION

En el presente se desarrolla un trabajo final de grado (en adelante TFG) en el cual se indagará en el área del derecho procesal laboral, haciendo hincapié en medios probatorios de origen digital o electrónico.

El objeto de estudio que se abordará, será específicamente: ¿Qué relevancia otorga el ordenamiento jurídico argentino a la prueba digital y electrónica en el proceso laboral? Por lo que queda delimitado que el presente se desarrollara desde un punto de vista estrictamente normativo, esto es, desde lo que prescribe la legislación procesal cordobesa, sin dejar de prestar atención al ordenamiento jurídico argentino desde un aspecto integral.

Este trabajo parte de una hipótesis a la pregunta de investigación, la cual estará sujeta a constante revisión de manera tal que al final del mismo pueda ser corroborada o desechada, ya sea total o parcialmente. La hipótesis es: De manera expresa el ordenamiento procesal laboral cordobés, parece no darle relevancia a los medios de prueba de origen digital y electrónica. Sin embargo, implícitamente parece innegable su importancia en los procesos judiciales.

Lo que justifica abordar la temática planteada es que estas pruebas no se encuentran contempladas de modo expreso. Por lo que en la realidad repercute en fallos contradictorios, lo cual afecta gravemente la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley plasmados en la Constitución Nacional, lo que de un modo u otro genera daños afectando el principio genérico de no dañar a otros receptado de modo implícito del artículo 19 como en el artículo 33, ambos en la Constitución Nacional.

Estas fuentes que podrían ser llamadas de prueba, tanto las digitales como las electrónicas que serán tomadas como sinónimos a los fines del presente, revisten una gran utilidad para la solución de problemas cotidianos, sobre todo al momento de tener que demandar o responder una demanda basada en pruebas de esta índole. La importancia de conocerlas y resolver la relevancia que le otorga el ordenamiento jurídico argentino es fundamental en tanto y en cuanto de su valor surgirán resoluciones judiciales que afectan

la propiedad, libertad, dignidad y los derechos fundamentales de las partes como de la sociedad en su conjunto.

Para la concreción de lo antes mencionado, se utilizara un método de investigación aplicada, combinándolo con estrategias cualitativas de indagación a través de técnicas de análisis bibliográfico, de textos ya sean estos legislativos jurisprudenciales o doctrinarios, haciendo hincapié en fuentes de información tanto primarias como secundarias y terciarias.

Para cumplir con lo aquí planteado se propone desarrollar tres capítulos. En el primer capítulo se tratará la parte general en cuanto a la prueba dentro del derecho procesal argentino, con su principal clasificación en objetos, medios, elementos y fuentes de pruebas; asimismo se visualizará a la prueba dentro del derecho procesal cordobés en todos sus aspectos, sin olvidar los principios fundamentales que la rigen. El segundo capítulo, ya adentrándonos al tema de las tecnologías, se visualizará cuál es su influencia dentro de los procesos laborales, sus principales características y la importancia de la actuación de los peritos informáticos. En el tercer y último capítulo, siendo este un poco más analítico, se verán las principales posturas doctrinarias respecto a las pruebas de origen digital y electrónicas, sus aspectos positivos y negativos y algunas de las soluciones en el derecho comparado, por último se analizará jurisprudencia relevante con respecto a estas nuevas fuentes probatorias y cómo los jueces las valoraron y resolvieron en distintos fallos haciendo cierta interpretación de las normas y utilizando principios fundamentales. Finalmente, se expondrá la conclusión del presente TFG donde se sistematizara el resultado obtenido de éste, demostrando o desechando la hipótesis y/o del alcance de los objetivos generales y específicos trazados en el proyecto de investigación.

Por todo lo antes mencionado y en especial por la importancia de la temática que aquí se aborda, es que se invita al lector a recorrer las páginas del presente a los fines de que juzgue por sí mismo la relevancia que otorga el ordenamiento jurídico argentino a las pruebas electrónicas y digitales en el proceso laboral.

CAPÍTULO 1:

LA PRUEBA EN EL DERECHO PROCESAL LABORAL

Introducción

En este primer capítulo el lector podrá encontrar, de manera general, lo respectivo a las pruebas dentro del derecho procesal en general comprendido en nuestro ordenamiento jurídico. Luego se abordará a la clasificación de las pruebas en objeto, elemento, medios y fuentes de prueba donde se podrá visualizar las diferencias y relaciones entre los distintos conceptos

Por otra parte se vislumbrará lo concerniente a las pruebas dentro del derecho procesal laboral de la provincia de Córdoba con sus principales características e importancias.

Al final del capítulo se podrá visualizar los principios y máximas fundamentales que rigen todas las pruebas de nuestra normativa vigente.

1.1- Las pruebas en el derecho procesal de la nación. Generalidades

En el presente apartado se abordarán generalidades atinentes al derecho procesal de la nación y de las relevancias de los diferentes medios probatorios. Para ello se parte de la definición tomada del jurista (Echandía, 1985), quien dice que el derecho procesal puede definirse como la rama del derecho público que estudia el conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado, en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos, a su vez determinan las personas que deben someterse a la jurisdicción del Estado y los funcionarios encargados de ejercerla.

Como podemos ver, el Estado se arroga para sí la facultad de dictar las normas de procedimiento y de esta forma conocer y resolver conflictos ya sean de naturaleza, civil, penal o laboral, entre otros.

Teniendo en cuenta el propósito del derecho procesal, se ha dicho que:

[...] el proceso se encuentra orientado hacia la búsqueda de la verdad, a la realización de los derechos subjetivos de las personas, como satisfacción de un interés público del estado, y en forma secundaria, a la justa composición de los litigios o solución de la petición del actor (cuando no hay litigio) (Dos Santos, 2013, p. 2).

Así mismo, cuando se dice que el proceso se orienta a través de las pruebas hacia la búsqueda de la verdad real se omite decir que pese a su franco objetivo de llegar a la verdad que acaeció en los hechos muchas veces le basta o se conforma con la verdad que surge del expediente, es decir, con la verdad formal, que muchas veces no es coherente con lo sucedido en la realidad, es por ello que se ha dicho

Históricamente en el ámbito del proceso judicial es clásica la contraposición entre la verdad real o histórica y verdad formal (falsa o ficta)[...] estas acepciones[...] representan en forma simplificada a un tipo o sistema procesal y, consecuentemente, se alude a la extensión de los poderes de los jueces y como contrapartida el alcance de las facultades, deberes, y cargas de las partes. A partir de 1957, la doctrina de la corte suprema de justicia de la nación acuña una nueva noción superadora de las anteriores: es la verdad jurídica objetiva y su elaboración se vincula con el concepto de exceso ritual manifiesto (Ferreya de de la Rúa, 2007, p. 33-35).

En este sentido, se podría decir que siempre se buscara que la verdad objetiva prevalezca sobre la subjetiva, con mayor razón, al momento de que sea necesario una decisión justa y fundada por el juez, evitando que el formalismo imposibilite lograr llegar a la verdad objetiva de la controversia.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la importancia de las pruebas, estas, deberían ser tratadas de manera exhaustiva. Desde un punto de vista procesal se expresa que “la prueba se aprecia a partir tres aspectos: desde su manifestación formal (medios de prueba), desde su manifestación sustancial (los hechos que se prueban) y desde el punto de vista del resultado subjetivo (el convencimiento en la mente del juzgador)” (Echandía, 2005, p. 19)

Haciendo énfasis en lo que nos incumbe en este trabajo final de grado cuando nombramos a los medios de prueba desde su manifestación formal podemos ver que nuestro ordenamiento jurídico los regula enunciativamente e indica cómo éstos deben practicarse durante la tramitación del proceso. Así mismo sin perjuicio de su enumeración, otorga también, la posibilidad de acudir a medios de prueba distintos de los regulados, siempre que no supriman las facultades y garantías de las personas reglamentadas en la ley procesal o afecten el sistema institucional, utilizándose analógicamente el medio de prueba que resulte más afín al aplicado (art. 378 CPCN).

También, podemos ver, por ejemplo, en el artículo N°1019 del código civil y comercial de la nación donde establece que los contratos pueden ser probados por todos los medios aptos para llegar a una razonable convicción [...] esto nos da la pauta que la libertad probatoria está latente en nuestro sistema normativo, pero aun así nos encontramos frente a obstáculos de necesaria superación al momento de la adecuación de las modernas fuentes probatorias.

Finalmente, podemos decir que nuestro sistema procesal, respecto a las pruebas, está quedando anticuado, anacrónico, vetusto. Por ello, las nuevas tecnologías y sistemas de comunicación son una realidad que en la actualidad el estado debería regular; a los fines de garantizar la seguridad jurídica, la búsqueda de la verdad objetiva y el desapego al excesivo formalismo. Pues estos resultan ser principios altamente relevantes a la hora de la tarea de impartir justicia por parte de los tribunales.

1.2- Fuentes, medios, objetos y elementos de prueba

Luego de haber analizado y concluido sobre la importancia que tienen las pruebas en el apartado anterior, abordamos la clasificación de estas, intentado establecer un lugar para las pruebas digitales y electrónicas, ya sean como fuentes, medios, objetos o elementos de prueba.

Desde la teoría general de las pruebas resulta interesante hacer una diferenciación entre estos conceptos, por lo tanto podemos analizar como primera diferenciación y

tomando para ello la postura de unos de los principales expositores del tema, quien expresa que:

[...] "las fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad", mientras que los medios "están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso"; la fuente es "un concepto meta jurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso", en tanto que el medio "es un concepto jurídico y absolutamente procesal"; la fuente "existirá con independencia de que se siga o no el proceso", en cambio el medio "nacerá y se formará en el proceso"; en fin, la fuente es "lo sustancial y material", y el medio es "lo adjetivo y formal" (Sentís Melendo, 1979, p. 142).

Consecuentemente a partir de este razonamiento podríamos decir que las pruebas digitales y electrónicas, encuadrarían en el concepto de fuentes de prueba, ya que en principio existen en la realidad con independencia del proceso y mientras no se integren y regulen en los ordenamientos jurídicos de manera expresa no serán medios de prueba respaldados por ley.

Por lo tanto tomando partido de que las pruebas de origen digital o electrónicas se ubicarían como fuentes de prueba, a continuación se abordara los objetos de prueba:

[...] por objeto de prueba se debe entender, lo que se puede probar en general, es decir, resulta aquello sobre lo que puede recaer la prueba y que sea susceptible de comprobación ante el órgano jurisdiccional del estado, abarcando los hechos pasados, presentes y futuros, así como los asociados con determinadas operaciones reducibles a silogismos o principios filosóficos (Echandia, 1984, p. 41).

Podríamos decir, en términos generales, que la prueba tiene por objeto la demostración de la existencia o de la inexistencia de un hecho controvertido. Por lo tanto, todo lo que puede ser objeto de conocimiento susceptible de comprobación ante el órgano judicial sería objeto de prueba.

Con respecto a los elementos de prueba y siguiendo con conceptos doctrinarios, en palabras de Vélez Mariconde (2005) el elemento de prueba es, todo aquel dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación, es decir que este dato sea relevante o de utilidad para obtener la verdad de los hechos.

Finalmente, teniendo en cuenta la clasificación, podría decirse que las pruebas digitales y electrónicas, hoy, fuentes de prueba, deberían ya transformarse expresamente en medios fehacientes de comprobación judicial tal como lo son: la prueba confesional, documental, testimonial, instrumental, pericial, informativa e inspección judicial.

Es importante, tener en cuenta que en la actualidad contamos con nuevas fuentes de producción de pruebas, que merecen y deben ser reguladas.

1.3- Las pruebas digitales y electrónicas dentro del derecho procesal laboral Cordobés. Aspectos básicos y problemáticas generales

Las fuentes de prueba digital y electrónicas dentro del derecho procesal cordobés funcionan en un primer momento como las hemos denominado, como fuentes. Una vez ingresadas al procedimiento deberían ser nombradas como medios de prueba, sin embargo ello sería posible recién en el momento en el que el legislador las reconozca como tal. Por lo tanto, éste constituye uno de los aspectos básicos de la problemática que aquí abordamos, siendo a su vez controvertida su solución tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pues en el ámbito legislativo aún se mantiene el silencio respecto a estas pruebas.

Así es, que seguidamente nos avocamos al análisis de estas fuentes probatorias en lo que respecta al derecho procesal laboral de la provincia de Córdoba. Si bien hasta hace un tiempo estas eran llamadas novedosas, en la actualidad han perdido tal carácter, pues de novedosas ya nada tienen. Tal es así, que su número se acrecienta a paso agigantado en relación al avance tecnológico al que asiste nuestra evolución, tanto a nivel social como cultural.

A raíz de lo expresado, se intentara repasar en forma general los aspectos básicos e importantes del proceso laboral de esta provincia, hasta llegar al tema central de esta investigación.

En nuestro sistema procesal cordobés, ley N° 7987, se establece que el impulso procesal es de oficio y contiene dos etapas. La primera etapa, comienza una vez admitida la demanda y es constituida como un trámite previo y obligatorio ante el juez de conciliación, quien intervendrá personalmente, en forma oral y en audiencia privada con el solo fin del advenimiento de las partes. Ahora bien, si de lo contrario, no se lograrse un acuerdo, el demandado deberá contestar la demanda y quedará trabada la *litis*, dándole inicio a la siguiente fase.

La segunda etapa, es precisamente la de juicio, donde el juez actúa como director del procedimiento y una vez que ha sido contestada la demanda, emplazará por el término de seis días a que las partes ofrezcan las pruebas en virtud del art. 52 CPLC.

Las pruebas son parte esencial del proceso. Por lo tanto, merecen una total atención y podemos comenzar incorporando un concepto doctrinario sobre éstas, el cual dice:

[...]Etimológicamente el vocablo prueba(al igual que probó) deriva de la voz latina *probus* que significa bueno, honrado; así pues, lo que resulta probado es bueno, es correcto, es auténtico: responde a la realidad. Esta es la verdadera significación del sustantivo probó y del verbo probar: verificación o demostración de autenticidad (Sentís Melendo, 1979, p. 33).

Por lo tanto, analizando este concepto y siguiendo las palabras de Rubio (2001, p. 172) podemos decir que: [...] “la prueba es un camino de averiguación o un método de comprobación judicial de la verdad jurídica objetiva de hechos controvertidos [...] he aquí su importancia en los procesos judiciales”.

En el código procesal laboral de la provincia de Córdoba, lo referido a las pruebas, se encuentra regulado en el título cuarto, desde el art. 39 al 44, donde solo están expresas

algunas de ellas y si tenemos en cuenta la legislación procesal argentina unificada en cuanto a las pruebas, veremos que tampoco se tienen en cuenta a las pruebas digitales y electrónicas. Entonces podemos ver que dada la importancia mencionada anteriormente, nos encontramos con un eminente problema.

Por otra parte el art. 53, establece que luego de admitida la prueba, ofrecida en virtud del art. 52, el plazo, para su recepción no será mayor a 90 días.

Estas disposiciones específicas del fuero, funcionan sin perjuicio de lo que pueda corresponder de su naturaleza secundaria, al servicio del derecho sustancial. El artículo 114 de la ley 7987, no autoriza la aplicación de las normas del proceso común, cuando existe una regulación especial en el fuero, en su defecto, funcionarían de modo supletorio.

Cuando hablamos de la prueba en el derecho procesal laboral, respetando las disposiciones del fuero, queda a la luz que las pruebas digitales y electrónicas, motores de este trabajo, no se encuentran reguladas expresamente y por lo tanto, en la actualidad, necesitan de la regulación supletoria del código civil y comercial de la nación argentina.

De lo mencionado anteriormente, podemos destacar, la importancia que tiene hoy, el trabajo de los jueces al intentar adecuar las normas, para la valoración de estos nuevos medios de prueba en formato digital y electrónico.

Si tenemos presente, que la finalidad de las pruebas, es dilucidar la verdad sobre los hechos que surgen en las controversias judiciales, podemos asentir diciendo que en esa búsqueda de la verdad real es importante contar con las herramientas que faciliten la solución del problema. De esta forma los pronunciamientos de los jueces podrán apoyarse sobre hechos reales, regulados y reglamentados de forma minuciosa, de modo tal que se ajusten a los controles de constitucionalidad y convencionalidad sin vulnerar los principios fundamentales de los ciudadanos ya sean estos actores, demandados o terceros interesados en el proceso. Todo lo cual favorecerá al cumplimiento del principio de la seguridad jurídica, quien se arroga un inapreciable valor para un estado de derecho.

Finalmente, enfocándonos en lo que se planteó al inicio sobre las problemáticas que devienen de la falta de regulación de estas fuentes de prueba a través de normas

expresas, podemos mencionar en primer lugar, que más allá del principio de libertad probatoria, los operadores del derecho, se muestran con muchas dudas al momento de utilizar estas fuentes como medios de prueba, ya que al intentar utilizarlas se les presenta gran incertidumbre respecto de su ilegalidad en tanto que podrían devenir en inconstitucionales y por lo tanto ser rechazadas de plano por los tribunales.

Seguidamente, nos encontramos con el problema de no tener plasmada de manera expresa a la prueba documental en el código procesal laboral de Córdoba, que sin embargo en la práctica se complementan con la normativa del derecho procesal común para su utilización, esto es la legislación procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba. Esto es respaldado por el art. 114 de la ley 7987 el cual prescribe: El Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba y las leyes que lo modifican, serán de aplicación supletoria en los casos en que no estén especialmente regidos por esta ley.

Por lo tanto, es sabido que la prueba documental a la cual nos referimos en el párrafo anterior, pese a no estar regulada expresamente en la normativa procesal cordobesa, es aceptada sin reparos puesto que se encuentra regulada en la normativa adjetiva civil y comercial. Ahora bien, si se aceptaran que las pruebas electrónicas y digitales son una especie de las pruebas documentales, entonces se estaría en condición de afirmar que ellas deberían ser receptadas sin mayores reparos dentro del proceso laboral cordobeses. Ya que las pruebas electrónicas y digitales son pruebas documentadas en soportes diferentes a los clásicos.

Por otra parte, nos encontramos con la ardua tarea a la que se enfrentan los jueces. Por un lado todo lo que conlleva la aceptación de estas pruebas en el momento de su posible admisión. Por otro lado, con la valoración de las mismas al momento de la resolución.

Si bien los jueces pueden respaldarse de los dictámenes periciales, es importante que existan pautas y reglas claras que respalden sólidamente la decisión de los magistrados. Más allá de que los jueces haciendo uso de sus facultades resuelvan mediante la sana crítica racional, es importante que todas las partes del proceso puedan disponer de una normativa

vigente que les permita llegar más fácilmente a la verdad real, y así luego, obtener resoluciones fundadas en ley, que les brinde por sobre todas las cosas, seguridad jurídica.

Por último, valdría decir que a la problemática general de la falta de regulación de las pruebas digitales y electrónicas, se le adiciona la de la falta de celeridad en el proceso ya que si nos preguntamos cuál es la etapa procesal que conlleva más tiempo y dilata en mayor medida los pleitos laborales, podríamos responder que la etapa probatoria es la de mayor prolongación. Lo cual afecta el principio de economía procesal, generando un desgaste innecesario de la administración de justicia.

1.4- Principios generales del derecho que contemplan a las pruebas en el proceso laboral

Comenzando en este apartado, podemos decir que los principios generales del derecho han sido siempre, material indispensable para llenar las lagunas normativas, esto es aquellos vacíos que ha dejado el legislador al regular alguna acción. Por ejemplo ¿está permitido para las partes de un proceso laboral, aportar pruebas electrónicas o digitales a los fines de acreditar su pretensión? Esta pregunta muestra lo que parece ser un vacío normativo al menos, porque no es posible encontrar dentro de la legislación una norma que responda de forma concreta a ello. Por lo tanto será tarea de los operadores jurídicos llenar tal vacío, para hacerlo deberá recurrir a los principios generales del derecho, a la analogía, y a la interpretación y argumentación en general. Lo cual, seguramente traerá aparejado controversias tanto interpretativas como argumentativas.

Por otra parte, se deja en claro que cuando se hace mención de los principios generales, en relación a las pruebas del proceso laboral, significa que se intentará indagar sobre las bases fundamentales que inciden directa o indirectamente sobre las pruebas, en este caso las digitales o electrónicas, al momento de incorporarlas al proceso o al momento de la valoración por parte de los jueces, teniendo en cuenta el vacío normativo existente.

Podemos resaltar entonces, la importancia que implica analizar estos principios, al momento de ofrecer, producir y valorar las pruebas digitales y electrónicas, para que no vulneren los derechos fundamentales de las partes.

Abocándonos al derecho procesal laboral podemos decir que, en Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) 20.744, establece en su artículo 11, que: cuando el Juez se encuentre imposibilitado de resolver la cuestión planteada de acuerdo a las leyes laborales, deberá considerar los principios de la justicia social, los principios generales del derecho laboral, la equidad y la buena fe.

De lo mencionado *ut supra*, podría expresarse a modo general que el principio de justicia social, tiene como finalidad lograr el bien común, dándole a cada quien lo que corresponde por ley. Está vinculado con el principio protectorio.

Con respecto a los principios generales del derecho laboral, lo cual nos interesa en este apartado, podríamos definirlo como dice Somaré (1975, p. 593 y ss.) “son el fundamento y la razón de ser de este derecho. Sin ellos el derecho del trabajo como tal no tendría existencia, ellos le dan vida, le ayudan a sobrevivir y a convivir con los demás derechos”.

Es importante destacar, que a pesar que el derecho procesal del trabajo tiene sus principios propios, no quiere decir que sean distintos a los del derecho procesal común ya que ambos son de naturaleza sustancial.

En resumen haciendo hincapié en los principios que se relacionan a las pruebas podemos mencionar:

[...] principio de contradictorio que deriva de la garantía de defensa en juicio y de igualdad ante la ley, implica que la prueba que se ofrece, admitida e incorporada al proceso debe ser puesta en conocimiento de las partes. Principio de adquisición procesal que señala que la prueba incorporada al juicio constituye una unidad y se adquiere con independencia de la parte que haya ofrecido. Principio de libertad: si la prueba es verificación, resulta imprescindible que las partes y el juez tengan la libertad de medios para producirla sobre cualquier tipo de hechos que se consideren conducentes a las pretensiones (Rubio, 2001, p. 174).

Respecto de estos principios nombrados previamente, podemos decir que los problemas que surgen por la falta de regulación normativa de las pruebas digitales y electrónicas, en algunos casos pueden ser resueltas interpretando los principios fundamentales, pero aun así en la mayoría de los casos nos encontramos con una inminente colisión entre ellos.

Conclusión parcial

En este primer capítulo de carácter general se ha analizado la prueba en el derecho procesal. Para ello se comenzó abordando las generalidades de la prueba en el derecho procesal de la nación junto con las relevancias de los diferentes medios probatorios. Las notas destacables son que el estado se ha arrogado para sí, las facultades absolutas de dictar las normas de procedimiento, esto a nivel nacional como provincial. Es decir que coexisten ordenamientos adjetivos de carácter nacional y de carácter provincial. Por otra parte encontramos que estos ordenamientos se diversifican por materia la que nos ocupa con especial atención en este trabajo es la materia procesal laboral.

El proceso laboral se enfoca en el conocimiento de la verdad real, es decir intenta conocer lo que ha acaecido en los hechos. Para ello se basa en los aportes que realizan las partes mediante los diferentes medios probatorios.

En cuanto a la prueba puede decirse que se diversifica en diferentes formatos o denominaciones. Entre ellos pueden encontrarse las siguientes denominaciones: Fuentes, medios, objetos y elementos de prueba.

Las fuentes tienen carácter extraprocesal. Los medios son parte del proceso, pues están receptados expresamente en la normativa vigente como por ejemplo la prueba pericial. En cuanto a los objetos probatorios es todo aquello sobre lo que puede recaer la

prueba, es decir lo susceptible de comprobación. Por último, los elementos son el dato objetivo que se incorporara a través de los medios.

En el presente se ha manifestado que la prueba digital y electrónica se encuentran dentro de lo que hemos denominado fuentes probatorias, es decir que en principio tienen carácter extra procesal. Sin embargo ellas no están receptadas de modo expreso ni en la legislación procesal laboral, ni en la legislación procesal común.

Pero también se ha visto, que gracias al art. 114 de la ley 7987, es posible utilizar a las pruebas documentales dentro del derecho procesal cordobés, y si aceptáramos que las pruebas digitales y electrónicas son también pruebas documentales receptadas en diversos formatos, también tendrían cabida como medios probatorios y no como simples fuentes probatorias

Por último se ha visto que los principios generales del derecho permiten llenar vacíos normativos, es decir la ausencia de soluciones normativas para ciertas acciones. La pregunta carca de si las pruebas electrónicas o digitales tienen recepción legislativa y por lo tanto pueden ser aportadas al proceso laboral sin caer en incoherencias o en inconstitucionalidades deberá ser resuelta atreves de los principios generales del derecho, como el de libertad probatoria, seguridad jurídica, entre otros.

CAPÍTULO 2:

LAS NUEVAS FUENTES DE PRUEBA EN LOS PROCESOS LABORALES

Introducción

En este capítulo nos sumergiremos en el análisis de las nuevas tecnologías como fuentes probatorias. Cómo estas influyen en el proceso laboral y cuáles son las principales características de estas nuevas fuentes de base digital y electrónica, albergadas en los llamados soportes físicos y lógicos. Luego analizaremos la importancia de la tarea cumplida por los peritos informáticos a la hora de la valoración de estas pruebas.

Finalmente, se repasarán los aspectos más importantes de la firma digital, único medio de prueba en este formato contemplado por nuestro ordenamiento jurídico de modo expreso.

2.1- Las nuevas tecnologías y su influencia en el proceso laboral

Aunque llevan largo tiempo instaladas en nuestra sociedad, las pruebas de origen digital y electrónicas (nuevas tecnologías) no han sido reguladas de manera expresa en los ordenamientos jurídicos argentinos, en consecuencia los magistrados y operadores del derecho durante años han realizado una gran tarea de interpretación y adecuación de las normas para poder aplicarlas y valorarlas en los distintos procesos judiciales, valiéndose de la experiencia de los peritos expertos en la materia.

Es importante que estos adelantos tecnológicos se vayan incorporando al derecho positivo en la medida de que sirvan a la seguridad jurídica y a la averiguación de la verdad real para los distintos procesos y en especial al laboral que es el que nos ocupa en el presente trabajo.

Si bien en el derecho laboral rige el principio de libertad probatoria, es importante destacar que a la hora de introducir estas nuevas fuentes de prueba al proceso, nos encontramos con algunas dificultades como las mencionadas anteriormente en el apartado 1.3.

En primer lugar, nos encontramos con la inseguridad por parte de los letrados para hacer uso de estas pruebas, puesto que al no estar reguladas generan dudas sobre su validez. Por lo tanto, muchas veces son desestimadas o subestimadas como medios fehacientes de comprobación de un hecho. Podíamos decir que aquí nos encontramos con un primer filtro a la hora de su utilización.

En segundo lugar nos encontramos con el caso de la valoración por parte de los Jueces al momento del ofrecimiento de la prueba, ya que estos deberán valorarlas de acuerdo a la sana crítica racional, si y solo si, respetan los principios de raigambre constitucional.

En la actualidad la influencia de las nuevas tecnologías en el proceso laboral pueden llegar a ser determinantes, en tanto que ellas permitirán acreditar los extremos que se ventilan en la causa. Si bien su influencia parece, como se dijo, determinante, en la práctica se encuentra un problema, ese problema se vincula a la falta de recepción legislativa de este tipo de pruebas tecnológicas. Puesto que cuando se indaga en el ordenamiento jurídico argentino puede observarse que no se encuentran receptadas expresamente, trayendo esto grandes consecuencias para la seguridad jurídica, en tanto que no se sabe con certeza si será posible acreditar los hechos mediante su incorporación al expediente.

Por otro lado el problema se agrava cuando este tipo de pruebas tecnológicas parecen rozar la inconstitucionalidad. Ello se debe a que en el momento de su obtención no queda claro si se ha vulnerado o no, derechos constitucionales. Lo que a su vez entra en aparente contradicción con el principio constitucional de libertad probatoria por lo que nos encontramos con un supuesto caso de colisión de principios mencionada en el anterior apartado.

La colisión de principios no es una cuestión menor, pues la forma de resolverlos a generado ríos de tinta y pese a ello, no está en claro cuando hay una genuina solución. En principio, puede decirse que la forma más extendida para enfrentarse ante esta problemática, es la ponderación de principios, propuestas por Robert Alexy, quien consideraba que ésta era una técnica óptima para resolver conflictos de derechos

fundamentales. Por lo tanto los jueces tendrían la facultad de poder determinar en cada caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipotética colisión de principios.

La ley de ponderación, señala Alexy (1994, p. 30) puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. A esta ley, el jurista la divide en tres etapas, la primera consiste en determinar el grado de no satisfacción o restricción de un principio, la segunda en determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario y la tercera en determinar si la importancia del principio contrario, justifica la no satisfacción o restricción del otro principio. Además el jurista alemán, crea para medir el peso que tiene un principio por sobre otro, una formula llamada “formula del peso” con la cual fundamenta que principio tendrá mayor valor sobre el otro en el caso concreto.

Ahora bien, es importante destacar que llegar a tal punto en el que los Jueces deban ponderar que principio fundamental vale más que otro en cada caso deja en evidencia que se estaría fallando en el dictado de las normas, que nuestro estado de derecho se ve vulnerado por la falta de legislación, poder que debería de fijar pautas y reglas claras que permitan a los operadores del derecho ya las partes de los litigios conocer de antemano el valor de las normas sin dudar de la ilegitimidad o inconstitucionalidad en sus aplicaciones por lo tanto cuando hablamos de la obtención, tratamiento e incorporación de las pruebas de fuentes digitales y electrónicas, si estas fuesen reguladas expresamente, evitaríamos, obligar a los jueces a remitirse cada vez más a niveles más abstractos y recién a partir de allí la tutela de los derechos encontrara protección en las palabras de la ley, y no en la interpretación moral de cada Juez.

2.2- Principales características de las fuentes probatorias de base digital y electrónicas

El incipiente avance en las comunicaciones ha repercutido fuertemente en las relaciones jurídicas actuales dando nacimiento a nuevas formas de expresión del pensamiento. Estas plataformas se caracterizan por desmaterializar los intercambios de la voluntad plasmados sobre papel, por los soportes magnéticos o electrónicos.

Ahora bien, cuando hablamos de estas nuevas fuentes de prueba, diríamos que es importante que los operadores del derecho, tengan los conocimientos mínimos sobre este tipo de plataformas. En primer lugar, cabe destacar como dice Lamarca, Lapuente (2006) que todo documento digital siempre es electrónico, pero no todo documento electrónico es necesariamente digital ya que este puede ser analógico, que es otra diferencia a la que abordaremos luego. Documentos electrónicos son, por ejemplo, una cinta de casete o una cinta de vídeo, que precisan de un dispositivo electrónico para su lectura o reproducción, pero no son digitales.

Lo que distingue un medio electrónico de un medio digital es, la forma en que está codificada la información y la necesaria mediación de un ordenador para descodificarla. En el caso de un documento digital, la información está codificada en bits, y para leer, visualizar o grabar la información se precisa de un dispositivo que transmita o grabe información codificada en bits. Por lo tanto,

[...] lo digital implica convertir en números lo que se quiere transmitir o expresar y esa combinación de ceros y unos en forma secuenciada, se traduce en bits, que constituirán los elementos básicos de la informática y de los ordenadores. Es decir el sistema binario. A su vez existen bits que contienen información sobre otros bits, lo que permite la combinación de sonido, imagen e información o sea el fenómeno llamado multimedia (Mora, 2001, p. 213).

Digitalizar significa convertir en números lo que se quiere transmitir, ya sean datos, información, sonido, visión, imagen, etc.

Esta información en todos los casos requieren de dispositivos físico y lógico que los contengan y entre ellos existe una diferencia, a saber:

[...] El Hardware es el soporte físico que contendrá a la información, por ejemplo una PC o un Teléfono inteligente, o sea el aparato contenedor de la información y el Software es el soporte lógico, por ejemplo el programa Word. Si bien no son lo mismo un teléfono y una computadora en cuanto a hardware, pueden compartir software (por ejemplo Android). A través de estos (hardware y este software) se procesará la información que se encuentra almacenada, por ejemplo el texto incorporado en un correo electrónico enviado [...] que seguramente será la prueba que pretendemos validar o acreditar en juicio (Bes, 2014, p. 2).

En conclusión, las pruebas que intenten introducirse a los procesos a través de documentos digitales y electrónicos, para la averiguación de la verdad real, podrían comprenderse como nuevos medios de manifestación del pensamiento humano. Si la preocupación está en que éstas puedan ser falseadas, nada evita que las pruebas sobre otros soportes no digitales puedan ser falseadas de igual manera, por lo tanto el derecho en su constante evolución debería saber receptar adecuadamente sus alcances y efectos jurídicos en cada caso en particular.

2.3- La prueba digital y electrónica como medio documental

Al momento de analizar a las nuevas fuentes de prueba, dijimos en apartados anteriores que estas deberían ser incorporadas a los procesos como medios de prueba al igual que los clásicos. Haciendo una comparación ejemplificativa, podríamos decir que, si estas pruebas modernas son consideradas fuentes por el hecho de ser extra procesales, de existencia anterior al proceso, nada impediría pensar que la prueba testimonial sea de igual característica, ya que el testigo es una fuente extraprocesal y recién su declaración será un

medio que nacerá en el proceso, tal así podría pensarse que la información extraída de las fuentes digitales y electrónicas para un proceso determinado, deberían ser medios fehaciente de comprobación judicial. No así, sería el caso de la inspección ocular y la prueba pericial, que nacen en y para el proceso.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, si debiéramos considerar que la información emergente de estas fuentes probatorias de base digital y electrónicas, deben ser medios de prueba, nos preguntaríamos ¿Con que medio clásico podría relacionarse a estas pruebas? Y es aquí, donde se deduce que éstas podrían determinarse como pruebas documentales, ya que si analizamos el concepto general de documento, y citando a Chiovenda (1922, p. 334) él nos dice que documento es: “todo objeto susceptible de representar una manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma con que esa representación se exterioriza” y sumándole lo que expresa Mora, (1987, p. 212) “la digitalización del pensamiento humano a través de las imágenes estáticas o en movimiento, textos o sonido, constituye un documento electrónico, o sea aquel formado por un elaborador o por medio del elaborador y ordenador”.

Seguidamente, arribando a una posible conclusión sobre lo expresado, diríamos que tanto los documentos clásicos como los modernos, son manifestaciones de la voluntad, sin importar la forma en la que se exteriorizan ya que solo cambian los soportes sobre los que se asientan su información, pero que sin lugar a duda, tendrán la misma finalidad.

Por otra parte, bastaría con hacer una mirada a la actualidad, y notaríamos que las personas, para expresar sus voluntades, ya no acuden estrictamente a los documentos escritos sobre papel, sino que se encuentran con una gran cantidad de alternativas vinculadas con el mundo virtual, tales como los emails, chats, WhatsApp, Skype, mensajes de texto, audios y videos, entre otros tantos documentos que por ejemplo ,en el derecho laboral podrían ser muy útiles para acreditar los extremos de la relación de trabajo, si es lo que se pretendiera probar.

Estas fuentes contenedoras de información, son la consecuencia esperable de un mundo globalizado, el cual se enfrenta a un sistema jurídico que no alcanza a dar respuestas inmediatas a dichos cambios.

En nuestro Código Civil y Comercial (en adelante: ccc) en la sección número 3º, del libro 1 de la parte general nos encontramos con el título: Forma y prueba de los actos jurídicos. En donde podemos visualizar en su primer artículo, de la sección, el 284 que se establece la libertad de formas para la exteriorización de la voluntad, si la ley no designa una forma determinada. Aquí, nos da la pauta que los documentos digitales y electrónicos pueden ser utilizados, y que la escritura no es un impedimento para estos tipos de documentos ya que como expresa el art. 286, esta puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su contenido fuese representado con textos inteligibles aunque su lectura exija medios técnicos.

En el art. 288 del ccc, encontramos que se hace mención a la firma en los documentos generados por soportes electrónicos y es aquí donde tenemos una iniciativa legislativa sobre estas nuevas fuentes de prueba, donde establece como requisito que la validez de la identidad del firmante, estará sujeta a que se haya utilizado la firma digital, la cual será tratada más adelante.

Finalmente, si nos aferramos a la normativa existente y a las expresiones doctrinarias sobre estas fuentes de base digital y electrónica, diríamos que la información contenida en estos soportes, podrían ser incorporadas al proceso como medio documental gracias a la tarea pericial ya que dicha información podría ser recuperada y representada inteligiblemente como lo pide el art. 286 del ccc, gracias a los medios técnicos de los que se encargaran los peritos informáticos.

Es importante destacar, que de ellos muchas veces dependerán las contiendas judiciales. Por lo tanto los peritos informáticos y su importancia merecen ser analizado en un apartado propio, tal como lo será a continuación.

2.4- Los peritos informáticos y su importancia

La actuación de los peritos, en los distintos procesos, ha sido a lo largo del tiempo de gran ayuda para los magistrados a la hora de resolver contiendas judiciales. Cuando

hablamos de la prueba pericial, inmediatamente podríamos pensar que nos encontramos con información contenida en fuentes de difícil conocimiento, las cuales requerirán de especialistas en determinadas ciencias o artes a los fines de que las analicen y produzcan los dictámenes que luego tendrá a su disposición el tribunal.

En la actualidad las nuevas fuentes de formato digital y electrónicas que se intentaran incorporar como medios de prueba documental a los procesos, requieren indiscutiblemente de la intervención pericial. El desconocimiento general de cuestiones técnicas, propias de la informática, tornan indudablemente necesaria la actuación de un idóneo en la materia, que desde su especialidad aporte y dictamine sus consideraciones en la causa.

Con anterioridad vimos que las pruebas digitales y electrónicas se encuentran almacenadas en diferentes soportes como los físicos y lógicos donde el acceso a la información contenida en estos soportes puede ser de mayor o menor dificultad, dependiendo del equipo y programa en el que se encuentre. Esta extracción de la información, es extraña al conocimiento de los jueces. Por lo tanto es aquí en donde comienza la actuación de los peritos informáticos, quienes están capacitados para extraer los datos y corroborar su veracidad.

El artículo 40 del Código Procesal Laboral de la Provincia de Córdoba establece en su primera parte: Cuando se requieran conocimientos especiales de alguna ciencia, técnica o arte, se designará de oficio o a petición de parte un perito por sorteo [...] quienes prestarán juramento y estarán obligados a producir dictamen.

Es claro que los dictámenes de los peritos son de gran ayuda para los magistrados, además de que están expresamente contemplados como prueba fehaciente por el ordenamiento jurídico, pero aun así no son vinculantes. Ya que los jueces valorarán la prueba conforme a la regla de la sana crítica establecida también en este código en su art 63 in fine: La prueba se meritara conforme a la regla de la sana crítica, salvo cuando las leyes de fondo establezcan normas especiales de valoración [...].

Por otra parte, teniendo en cuenta el aporte que estos profesionales hacen a la solución de las controversias, podríamos decir que ellos deberán brindar sus apreciaciones

con objetividad e imparcialidad, analizando toda clase de datos informáticos y determinando todo lo que le sea solicitado en los puntos de pericia, ya sea a pedido de las partes o del tribunal, y con el resultado de los datos ofrecidos por él o los peritos podrá tenerse por acreditado o no ciertas circunstancias relevantes para la causa.

Además cabe mencionar que ellos, los peritos, tienen las habilidades necesarias para realizar la extracción de los datos, sin alterar la integridad de la fuente original. Así mismo, es de suma importancia que sus aptitudes estén avaladas por una institución seria, de modo tal que no existan dudas sobre la validez de la prueba obtenida en la pericia.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuál es la tarea que realizan estos especialistas en la materia informática?

Se podría decir que tiene como principal tarea, realizar exámenes analíticos minuciosos sobre las bases de datos de estas fuentes electrónicas y digitales, con el solo fin de corroborar si los documentos han sido alterados o no y por otra parte expedirse sobre lo que puede extraerse de tal prueba, es decir brindar información objetiva sobre lo peritado.

En nuestro código procesal de la provincia de Córdoba encontramos tratamiento a las pruebas periciales en el art. 40, el cual prescribe: Cuando se requieran conocimientos especiales de alguna ciencia, técnica o arte, se designará de oficio o a petición de parte un perito por sorteo entre los profesionales inscriptos en la matrícula respectiva que habilitará el Tribunal Superior de Justicia, pudiendo las partes proponer peritos de control inscriptos en la matrícula profesional, quienes prestarán juramento y estarán obligados a producir dictamen [...].

Aquí podemos ver que las partes pueden disponer por su cuenta de un perito de control, por lo que así mismo, el art. 40 también prescribe que el tribunal fijara el número de peritos que intervendrán y no podrán superar la cantidad de tres, por lo tanto se entendería que son uno por la parte actora, otro por la demandada y un perito oficial designado por el tribunal, cumpliéndose así con la máxima establecida.

Cuando hablamos de perito de control o de parte, decimos que este es un experto de confianza de la parte que lo propuso, por lo tanto nos llevaría a pensar que este, actuara más como defensor parcial que como auxiliar imparcial.

Por otra parte nos encontramos con el perito oficial, este experto que actuara de manera imparcial, es al que recurrirá el tribunal en el caso necesario para dictar sentencia.

Es importante destacar que si bien la tarea de los peritos es de gran importancia, para los magistrados, los dictámenes, pueden no ser vinculantes y por lo tanto, apartarse de dicha resolución.

Haciendo uso de la sana crítica racional los magistrados podrán otorgarle un mayor valor a otro medio de prueba que consideren más idóneo, siempre y cuando tengan los fundamentos razonables para apartarse de dichos dictámenes.

Respecto a las pruebas de origen digital y electrónicas, al momento de llevar a cabo la actividad pericial, nos encontramos con la ciencia forense digital, la cual podría definirse como, aquella que tiene por objeto adquirir, preservar, obtener, analizar y presentar datos que han sido procesados de forma electrónica y almacenados en un sistema digital. Por lo tanto los peritos deben sacar conclusiones y plasmarlas en informes que tengan validez legal, es decir, que puedan ser presentadas ante los Tribunales, con un lenguaje sencillo y llano, ajeno a tecnicismos que sirvan a la hora de la averiguación de la verdad real (López Rivera, 2012).

2.5- La firma digital

Cuando hablamos de la firma, generalmente podríamos decir que ésta, es un signo personal distintivo que nos da identidad al momento de hacer manifiesta la voluntad sobre un documento, o sea, con ella se acreditaría la autoría.

Por otra parte tenemos la definición que expresa la real academia española sobre la firma, la cual la define como: Nombre y apellido, o título, que una persona escribe de su

propia mano en un documento, para darle autenticidad o para expresar que aprueba su contenido.

Analizando lo expresado, podríamos decir entonces que la firma, es una formalidad que tendrá como fin, acreditar la autoría de la voluntad expresada sobre un documento. La firma, por lo general en la práctica, es efectuada al pie del documento y será a partir de este acto que se crearán derechos y contraerán obligaciones entre los firmantes.

Ahora bien, teniendo en cuenta la definición de la R. A. E. Al decir que la firma es una escritura realizada manualmente por una persona sobre un documento, posiblemente lograríamos interpretar que por ser manual o analógica, solo podría hacerse sobre un soporte clásico como es el papel. Sin embargo, este soporte utilizado desde la antigüedad, hoy por hoy está siendo remplazado por los soportes lógicos de bases digitales y electrónicas que no escapan de los grandes avances tecnológicos.

Teniendo en cuenta una definición general, de lo que es la firma escrita u ológrafa, intentaríamos dar respuesta a la pregunta ¿Que es la firma digital? Por lo tanto podríamos citar:

[...] La firma digital es el resultado de la aplicación de ciertos procedimientos técnicos a un documento digital o electrónico, utilizando un sistema criptográfico altamente seguro e inalterable [...] Por lo tanto se entenderá que la firma digital es un proceso que permite asegurar la identidad del autor del documento electrónico y la inalterabilidad de su contenido luego de haber sido firmado, insertada la hora y la fecha de la firma a través de métodos criptográficos [...] (Mora, 2001, p. 217).

Por lo que aquí podemos ver, este tipo de firmas comprenden un sistema altamente seguro, quizás hasta más difícil de falsear que las firmas ológrafas, ya que están respaldadas por claves asociadas para la verificación de la propiedad e identidad de estas.

Cabe aclarar que cuando hablamos de firmas digitales, no se estaría refiriendo a la imagen escaneada de una firma ológrafa o impresión del dedo pulgar derecho, métodos que suelen confundirlos con la firma digital. Entonces, podríamos decir que:

[...] La firma digital funciona en base a la existencia de los siguientes elementos: un certificado, una clave privada que se utiliza para firmar digitalmente (en poder sólo de su titular) y su correspondiente clave pública que sirve para verificar dicha firma digital (públicamente disponible) (Leiva, 2008, p.2).

Por lo tanto, cada persona tendría dos claves, una publica en el certificado expedido por autoridad de certificación y otra privada bajo el control absoluto del usuario.

En Argentina, la firma digital fue sancionada el 14 de noviembre de 2001, Ley 25.506, que a través de 53 art. reconoce y establece las condiciones para el empleo de este tipo de firmas, su eficacia jurídica y además crea la infraestructura de Firma Digital de la República. Por otra parte podemos ver que el código civil y comercial en el art. 288 hace expreso reconocimiento de estas, prescribiendo [...] en los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona, queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento. Según prescribe la resolución 63/2018 de la secretaria de modernización de Buenos Aires, en la Ley N° 25.506 se admitió la posibilidad de utilizar dispositivos de creación de firma por hardware o software, y requieren que dichos dispositivos sean técnicamente confiables.

Podría decirse, que la ley permite probar por casi cualquier medio, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo, pero es necesario saber que ello va a depender de la legitimidad o ilegitimidad en la obtención de la misma.

Finalmente podríamos concluir en que la firma digital ha sido receptada de modo expreso en la legislación argentina y ello constituye un gran avance en cuanto a la recepción de las nuevas tecnologías por parte de la normativa vigente.

De este modo podríamos arribar a la conclusión de que si nuestra legislación continuara receptando expresamente las nuevas tecnologías, tanto electrónicas como digitales, estaríamos cada vez más cerca de que éstas, sean valoradas de manera expresa como medios fehacientes de comprobación judicial, cuestión velada por el principio fundamental de la seguridad jurídica, donde se resguarda que los ciudadanos sepan de antemano, bajo que reglas o normas se regirá su conducta y así poder planear sus propios planes de vida de modo autónomo y en este caso en particular, saber cuándo será posible incorporar medios de pruebas digitales y electrónicos, a los fines de acreditar sus pretensiones, ya sea como actor, demandado u operador jurídico.

Conclusión parcial

En este capítulo, se abordó lo atinente a las nuevas fuentes de prueba en los procesos laborales, lo que no quita que estas fuentes sean utilizadas en otros procesos como los civiles, concursales, tributarios, entre otros.

Especialmente se ha hecho referencia a las fuentes de origen digital y electrónico. Estas representan nuevas tecnologías y vienen teniendo gran influencia en los procesos laborales, pues en él suelen receptarse estas pruebas, pero en calidad de fuentes y no de medios probatorios, lo cual es de trascendental importancia para el objeto de este TFG. En tanto que él indaga acerca de la relevancia y valor que estas pruebas gozan en la legislación procesal laboral.

Una primera conclusión que cabe extraer es lo antes mencionado, de que se está en presencia de fuentes de prueba y no de medios ni objetos probatorios a la hora de aportar elementos digitales o electrónicos, lo anterior resulta de relevancia en tanto que las fuentes constituyen elementos extraprocesales, lo cual le otorga menor jerarquía que a los medios u objetos de prueba clásicos, como ser, la prueba documental, pericial, testimonial, entre otras.

Las nuevas tecnologías influyen decisivamente en los procesos laborales, en tanto que en la actualidad a pesar de no estar receptadas de modo expreso por el ordenamiento

jurídico argentino en general ni por la legislación procesal laboral en particular, ellas son aportadas por las partes de manera constante. Es decir, que en la práctica tienen recepción por parte de los tribunales, pero ello ha generado gran controversia tanto en doctrina como jurisprudencia, puesto que algunos abonan a su recepción de modo abierto, otros las aceptan en forma parcial y por último están aquellos que las rechazan de plano.

Lo cierto, es que esto genera inseguridad jurídica, en tanto que las partes no pueden saber si podrán acreditar sus pretensiones mediante la aportación de estas, lo que se convierte en una especie de lotería, dependerá del juzgado si las acepta o no, quedando la cuestión a criterio del juez interviniente. Esto afecta otro principio fundamental, el cual es la igualdad ante la ley, la cual se ve afectada gravemente, algunos podrán salir airoso de un litigio porque se les recepto con amplitud la prueba y otros perdedores porque no se les recepto la prueba a pesar de que los casos pueden ser muy similares, aun casi análogos.

Es por ello que resulta ineludible, esclarecer el valor que le otorga el ordenamiento jurídico argentino a la prueba digital o electrónica y quizá que ella sea receptada de modo expreso a los fines de no seguir afectando ni la seguridad jurídica ni la igualdad ante la ley, en tanto que su afectación es injustificable.

CAPÍTULO 3

ESTUDIOS SOBRE LAS PRUEBAS DIGITALES Y ELECTRÓNICAS

Introducción

En este capítulo se hará un recorrido sobre los principales expositores doctrinarios que han trabajado sobre las pruebas de origen digital y electrónicas, aquí expresaremos sus estudios, posturas y valoraciones. Luego se analizarán las regulaciones normativas en el derecho comparado acerca de estas nuevas tecnologías, siguiendo también con un análisis de los aspectos positivos y negativos de su tratamiento. Finalmente visualizaremos jurisprudencia relevante donde los magistrados han resuelto contiendas judiciales donde estas pruebas digitales y electrónicas han sido protagonistas, veremos así las soluciones que han utilizado ante esta falta de regularidad normativa.

3.1- Estudios doctrinarios sobre las pruebas digitales y electrónicas

Las pruebas digitales y electrónicas, surgidas del imparable avance de la tecnología, han sido motivo de innumerables estudios doctrinarios. Teniendo en cuenta lo analizando, en el presente T.F.G, podemos vislumbrar que los operadores del derecho, han intentado encontrar solución a los diferentes obstáculos surgidos en el proceso laboral. Por lo tanto, en este apartado se observará algunos de los estudios doctrinarios donde cada autor hace hincapié en una problemática específica acaecida por la falta de regulación de estas pruebas, sin quitarle mérito a las restantes.

Analizando los distintos estudios doctrinarios sobre estas nuevas fuentes de pruebas, podemos empezar parafraseando, al estudio realizado por la doctora (Miguel, Carmona, 2013) quien expresa en el foro de Córdoba N°163, un apartado especial que trata sobre la prueba documental, los documentos informáticos y su incorporación a los procesos civiles y laborales.

En este trabajo, la doctora, indaga sobre las dificultades a las que se enfrenta el mundo jurídico respecto de la falta de tratamiento normativo de estas nuevas fuentes de prueba que ya son una realidad social promovida por el continuo avance en la tecnología y la informática.

Destaca también, la importancia que implica el tratamiento normativo sobre las pruebas digitales y electrónicas en razón del principio de la seguridad jurídica.

[...] “Resulta ineludible compatibilizar y conciliar ambos extremos (seguridad jurídica y cambios tecnológicos en un grado vertiginoso de avance) que permita a la sociedad obtener respuestas idóneas y adecuadas en el ámbito del derecho, frente a los requerimientos que impone el uso generalizado de la tecnología y la informática (Miguel, Carmona, 2013, p54).

Podemos observar, que este principio fundamental se encuentra eminentemente en la mira del conflicto cuando hablamos de las pruebas digitales y electrónicas.

Seguidamente, la jurista, destaca dos aspectos importantes: en primer lugar, la posibilidad de relacionar a estas pruebas digitales y electrónicas, con las pruebas documentales, ya que ambas son contenedoras de información, solo que en soportes diferentes a los clásicos. En segundo lugar, trata la forma de incorporación y valoración de estas pruebas a los procesos judiciales. Todos estos aspectos que también han sido tratados en el presente TFG.

Finalmente, esta autora concluye con una mirada extenuada de la realidad normativa, la falta de adecuación de las normas en materia de las pruebas digitales y electrónicas, hacen que los operadores jurídicos se encuentren obligados a interpretarlas de manera insegura, alertando también, la importancia que implica ir sentado algunas bases normativas para el futuro ya que los avances en la materia probatoria nunca dejarán de crecer.

Por otra parte nos encontramos con el estudio realizado por el Dr. (Ruiz, Fernández, 2016) Aquí el doctrinario hace principal referencia a la falta de celeridad en los procesos laborales. La etapa probatoria es una de las que mayor tiempo demanda en las contiendas judiciales “El mundo ha cambiado vertiginosamente en los últimos años acelerando y simplificando sus procesos, pero los operadores del derecho seguimos pensando la prueba y los medios de prueba como hace 100 años, o más de 2.000 en algunos casos” (Ruiz, Fernández, 2016, p. 431).

El jurista en este estudio doctrinario intenta expresar que los nuevos medios de prueba ya sean en formatos digitales y electrónicos, merecen ser tratados ya que estos pueden constituirse en herramientas útiles que contribuyan a la simplificación y acortamiento en la duración de los pleitos judiciales.

Siguiendo con otra ponencia jurídica, encontramos la realizada por la doctora (Ulla del Torresan, 2009) su trabajo apunta a la problemática devenida de la incorporación como prueba de las nuevas tecnologías en el proceso laboral. El núcleo de su investigación se centra principalmente en las garantías constitucionales que se ven vulneradas al momento de la admisión, incorporación, validación y diligenciamiento de las pruebas digitales y electrónicas en los procesos laborales.

Respecto de estas pruebas, la autora (Ulla del Torresan, 2009, p. 408) establece que “Su aceptación o repudio en cualquiera de estas etapas transita una delgada línea entre los derechos constitucionales que garantizan el ejercicio de la defensa en juicio y el ámbito de reserva de la autonomía personal”

Concluyendo este apartado podemos visualizar que la doctrina en general indaga sobre las pruebas digitales y electrónicas, desde la misma perspectiva que este TFG, la problemática que surge en relación a la relevancia que debería otorgar el ordenamiento jurídico argentino a la prueba digital y electrónica.

En los trabajos doctrinarios mencionados ut supra, podemos considerar que a pesar de que los juristas inquietan sobre el mismo tema, las pruebas digitales y electrónicas, lo hacen desde distintos puntos de conflicto, tales como su incorporación a los procesos, la colisión de derechos fundamentales y la falta de celeridad en los procesos laborales. Sin lugar a dudas, estas problemáticas que van surgiendo al momento de su tratamiento son de igual importancia al momento de plantearse la relevancia que implica tener regulaciones normativas expresas sobre estas “no tan nuevas” fuentes probatorias.

3.2-Soluciones en el derecho comparado

Introduciéndonos en el estudio del derecho comparado, podremos hallar aquí, que la valoración de las pruebas digitales y electrónicas no escapa de ser material de análisis en los demás países, por lo que algunos de ellos han tratado de encontrar soluciones normativas que ayuden a sentar las primeras bases que contemplen los aspectos más importantes sobre estas pruebas.

Haciendo un recorrido por las legislaciones de otros países como la de España, Chile, Uruguay y Venezuela encontramos que al igual que Argentina, y seguramente muchos países más, se han encontrado en el dilema de trabajar sobre las pruebas digitales y electrónicas para su incorporación en los procesos judiciales, ya que el avance de la tecnología es evidentemente a nivel globalizado y por lo tanto conlleva ineludiblemente a la actualización de las normativas vigentes, de sus sistemas jurídicos .

En primer lugar, nos dirigimos a Europa y veremos el caso de la legislación de España, la cual reconoce y promueve el uso de los medios electrónicos, y los reconoce como equivalentes al documento tradicional. En este país, su regulación queda supeditada a una doble protección, tanto en el ámbito civil por la ley orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como en el ámbito penal por la Ley Orgánica del Código Penal, donde se encuentra regulada la interceptación de comunicaciones entre particulares, personas físicas o jurídicas.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prescribe en el segundo apartado del artículo 299, los distintos medios de prueba admitidos, entre los cuales se encuentra el soporte electrónico: 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.

Por su parte, el derecho laboral también admite la utilización de este tipo de pruebas que están recogidas en el artículo 90 de la Ley 36/2011 “Ley reguladora de la jurisdicción social” la cual reconoce que:” Las partes, previa justificación de la utilidad y pertinencia de

las diligencias propuestas, podrán servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos”.

Seguidamente analizando uno de nuestros países vecinos como es el caso de Chile, se ha logrado hallar que a diferencia de nuestro país, ellos han hecho regulación expresa sobre estas nuevas tecnologías a través de la ley N°19.799 titulada “ley sobre documentos electrónicos, firma electrónica servicios de certificación de dicha firma”. Si bien nuestro sistema normativo contempla la ley de firma digital, ellos se explayaron un poco más. Por lo tanto podemos visualizar en el artículo N°1 de la mencionada ley chilena, que prescribe “La presente ley regula los documentos electrónicos y sus efectos legales, la utilización en ellos de firma electrónica, la prestación de servicios de certificación de estas firmas y el procedimiento de acreditación al que podrán sujetarse los prestadores de dicho servicio de certificación, con el objeto de garantizar la seguridad en su uso.”

Luego en el art. 3° y 4° se aclaran sobre los documentos electrónicos de carácter público o los de carácter privado. Por otra parte, y aproximándose a la temática de este TFG, se encuentra el art. 5° de esta ley, el cual prescribe: “Los documentos electrónicos podrán presentarse en juicio y, en el evento de que se hagan valer como medio de prueba, habrán de seguirse las reglas siguientes: 1-Los señalados en el artículo anterior, harán plena prueba de acuerdo con las reglas generales. 2- Los que posean la calidad de instrumento privado, en cuanto hayan sido suscritos con firma electrónica avanzada, tendrán el mismo valor probatorio señalado en el número anterior. Sin embargo, no harán fe respecto de su fecha, a menos que ésta conste a través de un fechado electrónico otorgado por un prestador acreditado. En el caso de documentos electrónicos que posean la calidad de instrumento privado y que estén suscritos mediante firma electrónica, tendrán el valor probatorio que corresponda, de acuerdo a las reglas generales.

Por otra parte, siguiendo con el derecho comparado se analiza al sistema normativo de la República Oriental del Uruguay, quienes también hacen un tratamiento más específico, comparado al nuestro, sobre este tipo de fuentes probatorias como lo son los documentos en formatos digitales y electrónicos.

En la Ley N° 18.600 del año 2009, titulada “Documento electrónico y firma electrónica” ellos reconocen su validez y eficacia jurídica, en su art. 1° sobre su ámbito de aplicación prescriben “queda reconocida la admisibilidad, validez y eficacia jurídicas del documento electrónico y de la firma electrónica”.

En cuanto al art. 4°, este prescribe específicamente sobre los efectos legales de los documentos electrónicos.-“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.” Y por otra parte de igual importancia vemos en el art. 5° los efectos legales de la firma electrónica. ”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 puede concluir que en Uruguay, los documentos emanados de los sistemas informáticos, son admitidos como medios de prueba y tiene el mismo valor probatorio que los documentos clásicos, además quedan a la valoración del juez según sea la posición doctrinaria

En el caso de Colombia, este país intento dar solución normativa al uso de los documentos digitales y electrónicos a través de la ley 527 de 1999 titulada: “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” y en su art. 11° titulado: Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos: Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la

integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente. Ahora bien, con esta ley intentaron dar las bases legales para todo lo concerniente al comercio electrónico y aún hoy son muchas las dificultades que tienen los juristas al momento de conceder legalidad a un documento digital como prueba judicial.

En conclusión Colombia al igual que nuestro país y muchos otros necesitan nuevas leyes que señalen los parámetros y requisitos que debe cumplir el documento electrónico y digital, y no dejar que su valor probatorio dependa solo de las exposiciones hechas por la analogía, doctrina o jurisprudencia.

Por último, habiendo realizado un repaso desde la legislación de España a las legislaciones de América con nuestros países vecinos, hacemos una aproximación más significativa a nuestro eje de investigación, el derecho procesal de la provincia de Córdoba, y nos sumergimos en analizar la reforma del código procesal laboral bonaerense donde vemos un gran avance en cuanto a la regulación de las fuentes de pruebas digitales y electrónicas

El día 27 de noviembre de 2018 en la provincia de Buenos Aires, es sancionada la Ley 15057 que implica la reforma al procedimiento laboral su el ámbito local.

En esta reforma encontramos algunos artículos relevantes e irrelevantes en cuanto a las pruebas de origen digital y electrónicas, en primer lugar el artículo 47 dentro del apartado titulado “Otros medios probatorios” Aquí en este artículo podemos ver que nada aporta a la regulación de estas pruebas ya que solo conduce a proveerlas y producirlas conforme a las disposiciones de otros ordenamientos jurídicos y no aportan pautas para su utilización por lo que así de esa manera deja todo en manos del juez. Seguidamente en este mismo artículo, es de valorar que al menos sean nombradas como medios de prueba, dando una ejemplificación breve de cada tipo de ellas. Al mismo tiempo es importante destacar los últimos puntos de este artículo donde faculta al juez de disponer prueba anticipada y secuestro de estos medios probatorios a los efectos que el peligro en la demora haga frustrar su incorporación al proceso y esto es de suma importancia ya que son de fácil volatilidad. En materia denegatoria de estas pruebas, el juez debe fundar su rechazo.

En el artículo 48 titulado libros y registros, se hace mención de estas pruebas ya que los registros pueden estar en este tipo de formato, ya sea digital o virtual como aquí se prescribe.

Concluyendo este resumido análisis de la reforma bonaerense y parafraseando al aporte del jurista Quadri, Gabriel, 2018, podemos decir que en cuanto a la manera de legislar sobre estas pruebas digitales y electrónicas, se han quedado en el camino, ya que solo prescribe sobre las posibilidades de su uso y no las regulan de manera expresa.

Creemos que hubiera sido mejor, ya que la ley se iba a referir al tema, sentar pautas claras y concretas que se ocuparan no solo de lo atinente a su aporte, sino también de lo tocante a su adveración e incluso a su eventual impugnación (Gabriel, Quadri, 2018, p.6)

Concluyendo este apartado, podríamos resaltar que si bien algunos países han realizado regulaciones más exhaustivas que otros, la dificultad ha estado latente en la mayoría, ya que la valoración de estas nuevas fuentes de pruebas como lo son las digitales y electrónicas, no han dejado de ser un dolor de cabeza para sus sistemas jurídicos. El imparable avance de la tecnología no da respiro alguno y para los operadores del derecho y adaptarse de una manera rápida y efectiva, es casi imposible y más aún en los países que se encuentran en menor desarrollo, tanto estructural como legislativo.

3.3-Aspectos positivos y negativos de las nuevas tecnologías probatorias.

Cuando hablamos de los avances tecnológicos, ya sea en materia de las comunicaciones, las nuevas formas de expresión del consentimiento y todo aquello relacionado al progreso de la humanidad, podríamos relacionarlo, en rangos generales, con algo beneficioso para la sociedad, pero la tecnología como toda creación y producción humana será buena o mala, según el uso que le den las personas que la manejen.

Para el derecho en general las nuevas tecnologías han causado la indispensable tarea de adecuación, tanto en infraestructuras, capacitación y preponderantemente en legislación

ya que resulta imprescindible que estén reguladas estas nuevas formas de comunicación, ya sean para consentir actos jurídicos, comercialización, y hasta el cometimiento de ilícitos, donde las pruebas de estos actos quedan almacenados sobre plataformas lógicas en remplazo de las físicas o tradicionales como el papel.

Ahora bien haciendo un balance entre los aspectos positivos y negativos de regular taxativamente todo lo concerniente a las pruebas digitales y electrónicas, podría decirse que son mayores los aspectos positivos que los negativos. Tal como se fue tratando en este TFG pudimos soslayar la importancia de la regulación normativa de estas fuentes de prueba ya sean en favor del principio de la seguridad jurídica, la libertad probatoria, la búsqueda de la verdad real, la celeridad en los procesos, laborales en este caso, y por sobre todo la importancia de concientizarse de que habría que sentar las bases normativas en materias de estas nuevas pruebas ya que con el imparable avance tecnológico seguirán aumentando día a día.

Para ejemplificar, podemos mencionar a la única prueba regulada con estas características, en nuestro ordenamiento jurídico, que es la firma digital y podemos decir que las ventajas derivadas de su utilización van desde el aumento de la seguridad en las transacciones sin la necesidad de presenciar o trasladarse físicamente, ventajas que se traducen en celeridad, seguridad y ahorro de costos.

Por otra parte, nos encontramos con una de las desventajas de la cual podemos mencionar que para la utilización de este tipo de firmas se necesita contar con una autoridad certificadora de confianza (tercera parte de confianza), contar con un dispositivo de creación técnicamente confiable y además, está la responsabilidad que pesa sobre los propios usuarios de generar un entorno adecuado que les permita mantener bajo su exclusivo control los datos de creación de la firma. Estos aspectos se traducen en inseguridad personal y gasto público para crear estos centros de certificación.

Por otra parte siguiendo con las pruebas de fuente digital o electrónicas podemos remarcar una de sus desventajas y esta es la volatilidad o facilidad para ser eliminadas de sus soportes lógicos, por lo tanto en muchos casos ha sido imposible su utilización como medio eficaz de comprobación ya que luego del ofrecimiento de la prueba en autos, han

podido ser eliminados por la demandada sin dejar rastros algunos de estas pruebas como por ejemplo correos electrónicos, mensajes de texto, WhatsApp, etc. Debido a esta situación es que los letrados han tratado de encontrar solución solicitando prueba anticipada y/o secuestro de los registros informáticos, alegando que el peligro en la demora pueda ocasionar la pérdida, frustración e imposibilidad de su obtención y producción necesaria para la averiguación de la verdad real en la controversia. En la actualidad encontramos algunos fallos en los que se ha hecho lugar a tal petición.

Podemos citar a modo de ejemplo el siguiente fallo extraído de revista (elDial.com, 2009) en los que se trató esta problemática. En los autos “DVA Agro GMBH c/ Ciagro SRL s/ diligencia preliminar” de la Cámara Comercial Sala FERIA. Se concedió como prueba anticipada la constatación de correos electrónicos en computadoras de la contraparte, incluso autorizando el allanamiento de domicilio, uso de cerrajero y habilitación de feria considerando que de no autorizarse tales facultades la producción de la prueba solicitada podría frustrarse.

Concluimos este apartado, analizando que son mínimas las desventajas en cuanto a la regulación expresa de las pruebas digitales y electrónicas, por el contrario su regulación ayudaría a agilizar los procesos judiciales, permitirían arribar con mayor facilidad a la averiguación de la verdad real, podría evitarse la colisión de principio y sería un gran aporte a la seguridad jurídica y el debido proceso.

3.4-jurisprudencia relevante en materia de prueba digital y electrónica

Desde el punto de vista de la praxis judicial ligada al uso de nuevas tecnologías, en general, y a la prueba electrónica y digital, en particular, podremos observar que cada vez son y serán más frecuentes los debates. De allí que se vislumbra necesario, desde los diversos ámbitos ligados a la problemática, un abordaje sobre algunos fallos concernientes a la incorporación de estas pruebas a los procesos judiciales.

Comenzando, podemos ver en la jurisprudencia argentina en el fuero laboral cordobés, algunas resoluciones como la de la S.S. Jueza Keselman Procupes (2017) donde rechaza un recurso de reposición interpuesto por la demandada en motivo de la admisión de la prueba ofrecida por la accionante, en tanto la consideraba prueba ilícita, que lesionaba derechos y garantías constitucionales de su defendido. Se trataba de un compact disc con una grabación mantenida por la actora con la demandada , además una copia de captura de pantalla con comunicación electrónica vía WhatsApp, ambas pruebas de origen digital y electrónicas fueron señaladas por la defensa como ilícita, planteo al que no dio lugar el tribunal basándose en una interpretación del art. 318 del Código Civil y Comercial de la Nación que establece: *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[..]*

Parafraseando el fallo la jueza estima que la norma refiere a la correspondencia, “cualquiera sea el medio para crearla o transmitirla” concepto que abarcaría tanto la epistolar, como el correo electrónico y los mensajes de texto, cualquiera fuera la plataforma utilizada para su creación y transmisión. Además para la existencia de “correspondencia” es necesario que el “emisor”, envíe al “destinatario”, por cualquier “medio” un “mensaje escrito”, con independencia del medio o soporte utilizado a tal efecto (Keselman Procupez, 2017)

Por tal razón el destinatario del correo electrónico y del mensaje de WhatsApp, en este caso “la parte actora” podría incorporar lícitamente estas pruebas al proceso ya que es parte integrante de la conversación.

Por otra parte, encontramos también similares casos judiciales, en donde se tiene una resolución diferente a la anterior. Los dos jueces nombrados aquí, hacen una interpretación del art 328 del código civil y comercial de la Nación, tal es el caso de S.S. Juez Quiroga Contreras (2017) en su sentencia N° 43 y el S.S. Jueza Díaz (2009) sentencia N°90 , ambos con un mismo criterio, valoraron de forma negativa las pruebas de origen digital y electrónicas que intentaban incorporar los letrados de las partes actoras, por ser de obtención ilícita, ya que recurrieron para su captación servicios de investigación privada

donde estos terceros(investigadores) serían quienes vulnerarían el derecho a la intimidad por ser ajenos al litigio.

Por otra parte en el marco de la causa "Aguilar y Asociados SRL c/Native Software SRL s/ ordinario", el accionante invocó el peligro en la demora de conformidad con lo dispuesto por el artículo 326 del Código Procesal civil y comercial de la nación, apeló el pronunciamiento que le desestimó la solicitud tendiente a obtener una copia de seguridad de los sistemas informáticos ubicados en la sede de Native Software SRL.

El magistrado en primera instancia, estimo que la sola invocación sobre la posibilidad de adulteración de la información contenida en los ordenadores de la accionada no constituía elemento suficiente para justificar la medida, a la vez que entendió que tampoco se encontraba demostrada la urgencia exigida por el art. 326 del Código procesal civil y comercial de la nación a partir del hecho de que la mediación prejudicial había concluido por decisión de las partes, ya hacía más de un año.

En segunda instancia se resolvió que resultaba conducente la disposición de medidas tendientes a asegurar la verdadera eficacia del proceso judicial, siempre procurando el mayor de los respetos a las garantías constitucionales en juego, el debido derecho de defensa y el aseguramiento del principio de bilateralidad. Por lo tanto el juzgado resolvió que correspondía admitir la obtención de una copia o back up de toda la información contenida en los discos rígidos, extraíbles o no, servidores y cualquier otro tipo de respaldo posible existente en los diversos ordenadores que se encuentren en el domicilio de Native Software SRL”.

Así mismo el tribunal explicó que dicha diligencia debía cumplirse “mediante la designación judicial de un perito licenciado o ingeniero en sistemas, con la participación del oficial de Justicia que corresponda y con citación del Defensor Oficial”, estando éste último “en razón del derecho de defensa previsto por el art. 327 del Cód. Procesal y para representar a la parte contra la que se lleva a cabo la medida, a la cual no podría serle notificada ya que su anticipación en el conocimiento podría posibilitar la alteración o modificación del objeto probatorio a adquirir”.

Finalmente, haciendo un análisis de los fallos, pudimos ver que atento a la falta de una normativa expresa, que regule la utilización de las pruebas digitales y electrónicas, los magistrados, para su ponderación, recurrieron al uso de la analogía, la jurisprudencia y a la utilización de los peritos.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que en lo fáctico, estas soluciones para contemplar y valorar las pruebas digitales y electrónicas, sirven, pero a la larga y teniendo en cuenta el imparable avance de la tecnología, es imprescindible que se regulen de manera expresa las pautas y reglas claras que contemplen el uso de estas nuevas tecnologías como medios probatorios.

Conclusión parcial

En síntesis se podría decir que es importante que los jueces no ingresen por el camino del rigorismo formal e intenten darle verdadera primacía a la realidad, haciendo un adecuado uso de los principios fundamentales que rigen al derecho laboral en tanto no existan legislaciones claras para estas pruebas.

Para concluir podría decir que si el objetivo fundamental del derecho es regular las relaciones humanas a través de sus ordenamientos jurídicos en todas sus expresiones, es indiscutible que si los medios electrónicos y digitales aparecen como herramientas cotidianas de relación y comunicación social queden excluidos de regulación y tratamiento resaltando que esto puede ser de fundamental incidencia en la seguridad jurídica

Conclusiones Finales

Cuando hablamos de las pruebas en el derecho, cualquiera sea la rama que analicemos, no cabría lugar a dudas, la enorme importancia que éstas significan para la vida jurídica. Es por lo tanto que en el presente TFG nos avocamos a indagar sobre la pregunta de investigación que cuestiona ¿qué relevancia otorga el ordenamiento jurídico argentino, especialmente en el proceso laboral, a las pruebas digitales y electrónicas?

Partimos desde la hipótesis, que de manera expresa el ordenamiento jurídico argentino, en el proceso laboral, parece no darle relevancia a los medios de prueba de origen digital y electrónica. Sin embargo, implícitamente parece innegable su importancia en los procesos judiciales.

Podemos concluir ratificado esta hipótesis, que si bien el derecho laboral trabaja con realidades cambiantes, debiendo así adaptarse a los cambios sociales, nos encontramos que en materia probatoria, está a la vista que han quedado de lado aspectos de suma importancia, tal es el caso de la falta de contemplación expresa en el código de procedimiento laboral de las pruebas documentales, que según lo analizado son las que podrían asociarse de la mejor manera a estas fuentes digitales y electrónicas de las cuales nada dice y por lo tanto motivaron al presente trabajo.

Esta falta de regulación normativa en algo tan importante como las pruebas, hace en muchos casos que el trabajador vea vulnerado sus derechos de fondo, por cuestiones de formas. Es así, que resulta indispensable que, para que el trabajador llegue a un grado de igualdad con el empleador, dentro del proceso laboral, se adecuen de manera urgente el derecho sustancial con el derecho instrumental.

Es importante tener en cuenta que a pesar de las soluciones fácticas utilizadas por los jueces, que si bien es para resaltar, ya que no caen en un rigorismo formal y resuelven de la mejor manera, resulta apremiante incorporar a la legislación procesal medios de prueba que contemplen las nuevas tecnologías en materia de comunicación e información ya que en la práctica actual, a pesar de no estar receptadas de modo expreso, son aportadas por las partes de manera constante y así mismo tiene recepción por parte de los tribunales,

pero ello ha generado grandes controversias tanto en doctrina como jurisprudencia en tanto que algunos abonan su recepción y otros la rechazan de plano generando así una inseguridad jurídica, en tanto que las partes no saben si podrán acreditar sus pretensiones mediante la aportación de estas nuevas fuentes de prueba. Así mismo esta disparidad de criterios sobre su recepción o no, podría vulnerar otro principio fundamental como es el de la igualdad ante la ley, ya que para algunos resultara que podrán salir airosos de un litigio por que se aceptó su recepción y otros perdedores por serle negada a pesar de ser casos análogos.

Finalmente, podría decirse que resulta imperioso que el ordenamiento jurídico argentino le otorgue mayor valor a las pruebas de origen digital y electrónicas, ya que por su gran utilización en los procesos laborales, merecen ser receptadas de modo expreso a los fines de no seguir afectando ni la seguridad jurídica ni la igualdad ante la ley, en tanto que su afectación es injustificable.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- Alvarado Velloso, A.; Zorzoli, O. (2006). *El debido proceso*. (1a Ed.). Buenos Aires, Argentina: Ediar
- Bes, E. (2014) “Ponencia presentada en el VI Congreso de Derecho Laboral y Relaciones del Trabajo”
- Granero H. (2015). *E-mails, chats, mensajes de texto, Facebook y DVD. Validez probatoria en el proceso civil, comercial, penal y laboral: Estudio doctrinal y jurisprudencial*. (1a Ed.) . Buenos Aires, Argentina: ElDial.com, Biblioteca jurídica
- Hernández Sampieri, R.H. Fernández Collado, C. Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la investigación*. (4ª Ed.). D.F. México: Mc Graw-Hill Interamericana

- Pérez Talamonti, S. (2011). *El valor probatorio de los documentos electrónicos en la legislación argentina*. (1a Ed.). Rosario, Provincia de Santa Fe: Microjuris.com Argentina
- Arazi, R. (2008). *Prueba ilícita y prueba científica*. (1a Ed). Buenos Aires, Argentina : Rubinzal - Culzoni
- Quadri, G.H. (2018). *La prueba electrónica en la reforma al proceso laboral bonaerense*.(Ed. Especial). Buenos Aires, Argentina : La Ley
- Alexy, R. (1984, 2da Ed.1994). *Theorie der Grundrechte* Traducida por Garzón Valdés, E. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Jurisprudencia

- Juz. Conc de 1a nominación Secretaria 1 “Szilagyi Cazzulani, María Ángeles c/ Be There Argentina S.A. y otro.”- Ordinario – Despido – Expte. n.º 3350238 (2017). Resolución: Auto Interlocutorio n.º 90
- Juz. Conc de 2a nominación Secretaria 3 “Systel SA c/ A., A. S. – Procedimiento Sumario – Exclusión de Tutela Sindical- Expte n.º 3289615. (2017). Resolución: Sentencia n.º 43
- Sala Décima de la Cámara del Trabajo. “Ferrero Manfredo Stelvio c/ Prominente S.A. – Ordinario Despido – Apelación en Ordinarios” – Expediente n.º 3175715”. (2014). Resolución: Auto Interlocutorio n.º 9.
- Sala Segunda de la Cámara del Trabajo, Secretaría 3. “Carranza Elvio Ramón C/ Veizaga José Luis y Otro – Ordinario – Despido” – Expediente n.º 77761/37. (2009). Resolución: Sentencia n.º 90.
- CNCOM – SALA F - 17/04/2012 "Aguilar y Asociados SRL c/Native Software SRL s/ ordinario" – publicado por elDial AA774A 6/27/2012 copyright © 1997 - 2017 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala “B”. “DVA Agro GMBH c/ Ciagro SRL s/ diligencia preliminar”

Legislativa

- Constitución Nacional Argentina

- Código Civil y Comercial de la nación Argentina
- Ley de Contratos de Trabajo(ley N°20.744)
- Código de Procedimiento Civil y Comercial de la provincia de Córdoba
- Código Procesal Laboral de la provincia de Córdoba (LeyN°7987)
- Ley 19799. (2002). Título: sobre documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma. Congreso nacional de Chile.
- Ley N° 18.600 (2009), Título “Documento electrónico y firma electrónica”. República Oriental del Uruguay.
- Ley 527 (1999) Título: “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones” .Colombia
- Ley orgánica sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (1982-revicion vigente2010) Jefatura del Estado España.
- Ley Orgánica del Código Penal. (1995) Jefatura del Estado. España.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Jefatura de Estado. España.