

VICTORIA M. RODRÍGUEZ SAIACH

---

COLABORACIÓN: LUIS A. RODRÍGUEZ SAIACH

# PRUEBA

## Y CARGA DE LA PRUEBA

### EN MATERIA

### INFORMÁTICA

- Concepto de prueba • Carga de la prueba estática y dinámica
- Colaboración probatoria, cooperación y conducta procesal de las partes
  - Distinción de responsabilidades: subjetiva y objetiva
  - Prueba anticipada • Prueba lícita o ilícita • Prueba documental
- Los documentos en soporte digital y su valor probatorio - Identidad Firma digital y electrónica (Eu directive of e-signatures) - Autenticación
- Prueba de informes • Relevancia de la prueba en materia informática
  - Prueba pericial • Presunciones. Su relación con los indicios
  - Reconocimiento expreso de los correos y relevancia de la prueba
    - Supuestos de descalificación o no de la prueba de internet
- Limitación de la responsabilidad • La prueba del contrato con los mails
  - El valor de la prueba electrónica
  - El nuevo código civil y comercial y su influencia en el tema
- Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia - Google/Yahoo—CD con directivas y fallos internacionales y nacionales—

**GOWA**  
Ediciones Profesionales

## ÍNDICE GENERAL

Prólogo .....	21
---------------	----

### CAPÍTULO I

#### Concepto de prueba

1.- Concepto y definición de prueba. La prueba en nuestros códigos procesales.....	25
2.- Fuente de prueba .....	26
3.- Medios de prueba.....	27
4.- Objeto de la prueba .....	27
5.- Importancia del hecho en la estructura de la norma .....	27
6.- La demostración en las ciencias matemáticas, derivadas de la lógica .....	28
7.- El tema en las ciencias jurídicas .....	29
8.- La prueba científica acerca la prueba judicial, en algunos supuestos, a la lógica de las matemáticas.....	30
9.- La prueba y nuestros códigos procesales .....	30

### CAPÍTULO II

#### Carga de la prueba estática y dinámica

1.- El tema de la carga de la prueba. La distribución del trabajo probatorio .....	33
2.- La carga procesal en general.....	34

3.-	Objetivo de la carga de la prueba. Las primeras teorías acerca de la misma.....	34
I.	En el derecho primitivo. Aparición de la regla que al actor le incumbe la carga de probar.....	35
II.	La carga de la prueba en el derecho romano.....	35
III.	La navaja de Ockham y su aplicación a la ciencia jurídica.....	37
IV.	La carga de la prueba en Bentham.....	37
4.-	La carga de la afirmación (teoría empírica lógica que parte de la antinomia normal-anormal).....	38
5.-	Esencia de la carga de la afirmación. Clasificación de los hechos (constitutivos, extintivos, impeditivos, convalidativos, etc.).....	40
6.-	Las tesis normativas. El modelo silogista de las normas. La tesis del alemán Leo Rosenberg y el artículo 377 del CPCC (artículo 375 del CPCCBA).....	43
a)	El modelo silogístico o legalista.....	43
b)	El realismo en que triunfa el antiformalismo y hay un dejo de pesimismo.....	47
c)	El modelo positivista de la discreción judicial.....	47
d)	El modelo de Dworkin.....	48
7.-	El presupuesto de hecho de la norma favorable. Teorías de Michelli y de Rosenberg.....	49
8.-	Tesis de Percy Chocano Núñez.....	52
9.-	Opinión sobre el artículo 377 del CPCCN (artículo 375 del CPCCBA).....	53
10.	Mejora de la carga estática de la prueba. La carga dinámica o prueba compartida y el principio de colaboración probatoria.....	54
I.	Aclaración en cuanto al alcance de la carga dinámica. No resulta de la misma una inversión de la carga de la prueba.....	57
II.	Colaboración probatoria y carga compartida, dinámica o interactiva. Remisión.....	61
III.	Definición.....	63
IV.	Aplicación excepcional y no puede serlo "contra legem".....	63
11.-	La carga dinámica en supuestos de responsabilidad profesional del médico.....	66

I.	Aplicación mayoritaria de la teoría de la carga dinámica en esta materia.....	68
II.	Carga exclusiva o concurrente de acreditar su diligencia (por el profesional).....	69
III.	Flexibilización de las reglas probatorias.....	70
IV.	No se puede culpar de la infección sufrida por la paciente.....	70
V.	La carga dinámica no exime de la prueba de cierto hecho para no sufrir los efectos perjudiciales de la ausencia de su prueba.....	71
VI.	Rechazo de la demanda por falta de prueba del daño como elemento de la responsabilidad civil (acto, daño, relación de causalidad y culpa).....	71
12.-	La carga dinámica en materia de filiación.....	72
a)	Falta de cooperación y colaboración en la negativa a someterse a la prueba de ADN.....	73
b)	Cremación del cadáver para evitar la prueba biológica y negativa a someterse los herederos a la misma.....	74
13.-	La carga dinámica y los Bancos.....	74
a)	Descuentos o débitos automáticos que se dice autorizó el actor y que no surgen de la prueba del Banco, como autorizados.....	75
b)	Contratos bancarios predispuestos.....	76
c)	Intereses bancarios excesivos.....	76
d)	Responsabilidad bancaria por aparecer el actor en el "Veraz" o como deudor insolvente.....	76
14.-	Aplicación de la carga dinámica en materia laboral y en relación al empleador.....	79
15.-	Alteración de los pagarés y carga dinámica.....	81
16.-	La prueba compartida y la determinación de los montos de las reparaciones. El daño moral.....	81
17.-	Contrato de seguro y distribución dinámica de la prueba... ..	82
18.-	Derechos del consumidor y carga dinámica. El que está en mejores condiciones de probar es, casi siempre, el fabricante o quien presta el servicio.....	83
19.-	Simulación y carga dinámica.....	94
20.-	Mala praxis del abogado y prueba dinámica.....	95
21.-	Juicio ejecutivo y carga compartida.....	96

22. Sociedades y carga dinámica .....	97
23. Contrato de transporte y carga dinámica.....	98
24. Pensión y separación de hecho .....	99
25. Nuestra opinión acerca de la carga de la prueba en general.....	99
I. Descartamos las teorías empírica y normativa para llegar a una concepción acerca del trabajo de probar.....	100
II. La carga es una consecuencia del principio dispositivo.....	100
III. Probar es demostrar la verdad fáctica que acarrea el efecto o consecuencia jurídica. Desde este punto de vista, el hecho y el derecho son inescindibles en la estructura de la norma .....	101
IV. Acreditar los hechos, con independencia de la consecuencia jurídica .....	101
V. Tarea compartida. El trabajo de probar es de ambas partes y el juez ha de ponderar cuál de ellas cumplió mejor su trabajo .....	101
VI. El juez y su sentencia.....	102
26. Aplicación de estos principios en materia informática.....	105
Los Registros Electrónicos .....	107

### CAPÍTULO III

#### Colaboración probatoria, cooperación y conducta procesal de las partes

1.- El principio de colaboración probatoria .....	115
2.- Falta de colaboración con la realización de una prueba. Incorrecta aplicación del principio de colaboración probatoria cuando se desplazó inadecuadamente otras probanzas .....	119
3.- La ya apuntada falta de colaboración y la filiación .....	121
4.- Falta de colaboración y defensa del consumidor.....	123
5.- Acción de simulación y deber de colaboración .....	125
6.- Colaboración y mala praxis. El caso "Murray" y el juicio ejecutivo.....	127

### CAPÍTULO IV

#### Distinción de responsabilidades y la materia probatoria Responsabilidad subjetiva y objetiva

1.- Monismo o dualismo, en materia de responsabilidad .....	129
2.- La cuestión del monismo o del dualismo, en materia informática. Un interesante fallo.....	130
3.- La actividad informática no es, en sí mismo, riesgosa. No puede incluirse las cuestiones en el artículo 1.113 CC, para así eximir graciosamente de probar a la parte que nos parezca que tenga razón .....	134

### CAPÍTULO V

#### Prueba anticipada

1.- Prueba anticipada.....	137
2.- Concepto.....	138
3.- Supuestos de prueba anticipada.....	140
4.- Declaración de testigos .....	140
5.- Prueba de confesión.....	141
6.- Reconocimiento judicial o dictamen pericial.....	141
7.- Pedido de informes.....	143
8.- Prueba anticipada y sociedad conyugal .....	144
9.- El control de la parte contraria. Defensor de Pobres y Ausentes. Realización de los secuestros sin notificar a la contraria. Variación para los correos y la prueba informática del contralor exigido por el ordenamiento .....	145
10.- En la prueba anticipada, no sólo hay contralor. La contraparte (no solicitante de la medida) puede solicitar puntos de pericia, preguntar a los testigos, etc. ....	146
11.- Costas en prueba anticipada .....	147
12.- El pedido de prueba anticipada Interrumpe la prescripción.....	148
13.- Valor probatorio de la prueba anticipada. Eficacia. ¿Se puede reiterar la prueba en el período instructorio o ampliarla? .....	148

- 14.- Distinción con las diligencias preliminares y las medidas cautelares. Relatividad de la distinción..... 149
- 15.- Admisión de la prueba pericial informática anticipada por la vulnerabilidad de los registros ..... 150
- 16.- Realización de la prueba en forma inmediata para evitar perjuicios innecesarios..... 152
- 17.- Desarrollo de la prueba anticipada. Intervención de la parte contraria ..... 154
- I. Confusión con las aguas de las medidas cautelares.... 154
- II. Fundamentación del pedido de prueba anticipada..... 156
- III. Confusión con los límites de la diligencias preparatorias ..... 157
- IV. El problema del contralor de la contraria y la eventual desaparición de la prueba (por la notificación previa a la medida). Ingeniosa solución laboral..... 157

## CAPÍTULO VI

### Prueba lícita o ilícita El tema en materia informática

- 1.- Prueba lícita e ilícita en materia informática. SMS, Mails y correo en general.....161
- 2.- La ilicitud .....162
- I. Ilicitud en el proceso civil.....162
- II. Ilicitud en el proceso penal.....163
- III. Las dos grandes causas o motivos de ilicitud .....164
- 3.- Extracción compulsiva de sangre como objeto de prueba en el proceso penal y en el civil .....165
- 4.- Aplicación a la informática. Los SMS o mensajes de texto. En general a toda comunicación por la vía electrónica o digital (Correos).....170
- 5.- Estos conceptos indicados en la causa "G. M. D. c/ P., A. N. s/ Divorcio vincular" .....175
- 6.- El tema de la grabación, en sus diversas formas, entre partes o por terceros. El secreto de las comunicaciones....181
- 7.- Derecho a la intimidad y filmaciones en materia penal. Flexibilización de algunas reglas .....183

- A los fines indicativos y para ver la legislación en materia de datos personales y privacidad, se transcribe la misma (tomada de Internet) ..... 186
- ¿Cómo puede producirse la prueba en forma lícita? .....204

## CAPÍTULO VII

### Prueba documental

- 1.- Prueba documental. Correo electrónico como documento. ¿Es equiparable a un instrumento privado?..... 215
- 2.- Prueba pre constituida..... 217
- 3.- Clasificación de los documentos..... 218
- 4.- Normas probatorias del Código Civil, acerca de los contratos y su influencia en la prueba documental..... 222
- 5.- El tema del correo electrónico..... 222
- I. Definición de correo electrónico..... 222
- II. El correo como documento electrónico instrumento particular (firmado o no firmado) ..... 223
- III. El correo como instrumento privado (si tiene firma digital) ..... 225
- IV. Valor probatorio del correo no firmado. Instrumento particular no firmado y principio de prueba por escrito 226
- V. Los correos siempre dejan rastros ..... 227
- VI. Jurisprudencia que resume estos aspectos señalados en los correos..... 227
- VII. ¿Cómo se hace para evitar la destrucción de los correos?..... 229
- 6.- El correo en poder de la contraria ..... 230
- I. Documentos en poder de las partes. Inaplicabilidad de la regla nemo tenetur edere contra se. Intimación, forma y consecuencias ..... 230
- II. La exhibición se ordenará sin correr traslado..... 230
- III. Requisitos para que la intimación proceda y sea efectiva ..... 231
- 7.- El correo y los terceros..... 234
- 8.- El anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la prueba documental ..... 234

- 9.- ¿Qué ocurre cuando se desconoce un documento en general y un documento electrónico o digital en particular? .....235

### CAPÍTULO VIII

Los documentos en soporte digital y su valor probatorio.

Identidad. Firma Digital y Electrónica.

Firma Electrónica y Firma Electrónica Avanzada (EU Directive of E-Signatures). Autenticación. Prueba

- 1.- La directiva de la Comunidad Europea sobre firma electrónica es muy similar a la de Argentina .....237
- 2.- La firma como condición esencial para la existencia .....238
- 3.- Los correos son, esencialmente, no firmados. Algunas cuestiones claves .....238
- I. ¿Qué valor probatorio tienen los mails no firmados con suscripción digital? .....239
- II. La posibilidad de modificar el documento electrónico por lo que no puede tener valor el que se encuentra en nuestra máquina o la de un cliente (emails) .....239
- III. Emails tomados del prestador de servicio de correo electrónico. Cuenta en Gmail, Yahoo o similares. La causa "Cadorini" .....240
- IV. Los correos como principio de prueba por escrito .....241
- V. Los correos no sirven para probar la excepción de pago en el juicio ejecutivo .....243

### CAPÍTULO IX

Prueba de informes

- 1.- Informes. Su relevancia en materia de internet. Prueba informativa. Concepto .....245
- 2.- La prueba debe versar sobre hechos concretos .....246
- 3.- Libramiento del oficio .....247
- 4.- Valoración de la prueba .....248

- Invalidez de una tasación por informes, del valor locativo de un inmueble, a ojo de buen cubero .....249
- Invalidez de informes extrajudiciales pedidos unilateralmente por la parte .....249
- Informe para demostrar la existencia de normas que el juez no puede conocer .....250
- No se puede solicitar el informe a personas individuales ..250
- Ineficacia del informe de un periódico .....251
- 0.- Ineficacia del informe de la Asociación de Taxímetros ...251
- 1.- Remisión de expedientes .....251
- 12.- Valor probatorio .....252

### CAPÍTULO X

Relevancia de la prueba en materia informática  
Prueba de informes y pericial

- 1.- Introducción .....255
- 2.- La adquisición de la prueba .....256
- 3.- ¿Qué aporta la prueba digital? .....257
- 4.- Acerca del correo electrónico .....258
- 6.- Herramientas para administrar correos y su injerencia en el análisis forense. ....260
- 7.- Ejemplo de encabezado .....263
- 8.- Traza de un correo. Flujo y recorrido .....266
- 9.- Conclusiones .....269

### CAPÍTULO XI

Prueba pericial

- 1.- Prueba pericial. Concepto .....273
- 2.- Diferencias entre pericia y testimonio .....274
- 3.- Conocimiento científico o técnico de los peritos .....274
- 4.- Peritos de lista y peritos oficiales .....275
- I. Nación .....275

II. Provincia de Buenos Aires .....	275
5.- El perito es un auxiliar de la justicia.....	276
6.- En materia de pericia informática es necesario preservar el ordenador a periciar sellado y mantener la cadena de custodia. Un interesante fallo penal.....	277
7.- Prueba informática. Falencias de seguridad .....	281
8.- Correo electrónico periciado.....	282

## CAPÍTULO XII

Presunciones. Su relación con los indicios  
¿Son o no son un medio de prueba?

1.- Lógica empírica, el método empírico y la inducción. Concepto de presunción.....	285
a) La inducción en Aristóteles.....	286
b) La inducción en Francis Bacon. John Stuart Mill (El Sistema de la Lógica).....	286
c) Crítica de David Hume.....	289
d) Su aplicación a las ciencias sociales. Presunción equivale a inducción.....	290
2.- Confusión de las presunciones con la normalidad (lo que normalmente sucede).....	292
3.- ¿Las presunciones constituyen un medio de prueba?.....	293
4.- Se trata de una prueba compuesta (también diríamos compleja).....	295
5.- Colisión entre una prueba directa y una indirecta. Preeminencia de la prueba directa.....	296
6.- No se puede confundir la presunción con los indicios, a pesar de su íntima relación.....	296
7.- Clasificación de las presunciones.....	298
a) Presunciones legales iure et de jure. Reglas de conducta.....	298
b) Presunciones legales juris tantum que admiten prueba en contrario.....	299
c) Las presunciones humanas ("hominis") o judiciales.....	302
8.- Requisitos de las presunciones hominis.....	304
a) Los indicios como hechos indicadores.....	304

b) Los indicios deben fundarse en hechos reales y probados.....	305
c) Deben ser numerosos.....	306
d) Deben ser precisos.....	308
e) Deben ser graves.....	309
f) No debe haber indicios contrarios.....	310
g) Concordancia.....	312
h) Formación de la presunción humana.....	312
Importancia de las presunciones en materia informática.....	314
11.- Mensaje electrónico, corroborado por recepción del soporte papel (importancia de los indicios).....	314
12.- Discordancia entre los registros informáticos y los de contabilidad. Indicios.....	316
13.- Responsabilidad bancaria improbadamente. Falta de indicios.....	317
14.- Prueba informática que revela diversos indicios que llevan a tener por cierto que los accionados usaron copias "truchas", sin licencia alguna, para instalar software en sus ordenadores.....	319
15.- Internet. Nombre de dominio. Indicios.....	321

## CAPÍTULO XIII

Reconocimiento expreso de los correos  
y relevancia de la prueba

1.- Reconocimiento expreso de los correos electrónicos y su recepción como prueba, en materia comercial.....	325
2.- Relevancia de la prueba de mails en diversos procesos.....	328
I. Diversos supuestos de admisión de la prueba en el divorcio.....	329
II. Despido y mails.....	335
III. Contrato de seguro. Rescisión. Mails corroborados por testigos.....	349
IV. Prueba de la sociedad. Mails.....	350
V. Mutuo. Falta de corroboración de los mails con la prueba idónea.....	353
VI. Mails. Juicio ejecutivo y pago parcial.....	354
VII. Mora y mails intercambiados.....	355

VIII. Nulidad procesal y convalidación. Insuficiencia de los mails.....	356
IX. Sede penal. Discriminación .....	357

#### CAPÍTULO XIV

Supuestos de descalificación o no de la prueba de Internet.  
Limitación de la responsabilidad

1.- Testigos en Facebook, vinculados con el actor. No es causa para descalificar su testimonio.....	363
2.- La causa "Heim, Germán Luis y otro contra Zito, Cono y otro. Daños y perjuicios", en la SCBA.....	367

#### CAPÍTULO XV

La prueba del contrato con los mails

1.- Mails y prueba del contrato .....	377
2.- Negativa a verificar la efectiva recepción de los mails. Prueba de honorarios por labor extrajudicial.....	379

#### CAPÍTULO XVI

El valor de la prueba electrónica  
en sí mismo considerada derecho comparado

1.- En principio, la prueba electrónica fue rechazada .....	381
2.- Forma de evitar la aplicación de la regla .....	382
3.- ¿Qué pasa en otras jurisdicciones distintas del Common Law británico? .....	382
4.- De la autenticación de la prueba electrónica .....	383

#### CAPÍTULO XVII

El nuevo Código Civil y Comercial y su incursión  
en temas tratados por este libro

1.- En general no hay gran incidencia .....	389
---	-----

Comienzo de la existencia de las personas. Teoría de la implantación aceptada .....	392
Derecho a la imagen.....	393
El consentimiento informado para prácticas médicas.....	393
A. La ley 26.529.....	395
B. La autonomía de la voluntad.....	396
C. Derechos del paciente.....	398
D. El tema del consentimiento informado.....	401
E. El nuevo Código Civil.....	409
Instrumentos particulares no firmados. Valor. Consideración de los documentos digitales con firma indubitada como instrumentos privados. Valor probatorio.....	410
Amplitud en la determinación de la fecha cierta.....	412
Correspondencia. Un cambio significativo .....	412
Presunciones en materia de filiación.....	413
Prueba de los contratos .....	415
10.- Formación del contrato .....	416
11.- Cláusulas abusivas y derechos del consumidor.....	419
a) En cuanto al contrato de adhesión.....	419
b) En cuanto a la relación de consumo .....	421
c) Cláusulas abusivas.....	422
d) Contratos bancarios .....	423
12.- Conclusiones.....	425

#### CAPÍTULO XVIII

Análisis de la sentencia de la Corte Suprema de justicia de la Nación del 28 de octubre de 2014 que exime de responsabilidad a Google y Yahoo

1.- El caso "Rodríguez María Belén c/Google Inc. y Yahoo SRL s/daños y perjuicios.....	427
a) La demanda.....	427
b) La sentencia en primera instancia.....	427
c) La sentencia de Cámara .....	428
c) Recursos de ambas partes (la actora y Google) .....	429
d) El fallo de la Corte Suprema (por mayoría).....	429

2.-	La responsabilidad extracontractual .....	430
	a) La responsabilidad objetiva.....	430
	b) La responsabilidad subjetiva.....	431
3.-	Responsabilidad por la mera transmisión de datos en la red.....	432
4.-	El almacenamiento (Hosting).....	433
5.-	No es responsable el buscador (Google), por la difusión de contenidos agraviantes.....	435
6.-	La situación en nuestro país, en relación al tema de difusión de imagen, calumnias e injurias a través de la web, difamación. La libertad de expresión, ley 26.032.....	436
	a) El servicio de la información está comprendido en la garantía de la libertad de expresión .....	437
	b) Un excelente fallo de primera instancia .....	437
7.-	Argumentaciones utilizadas por los buscadores para evitar su responsabilidad por la difusión de imágenes o comentarios injuriosos o difamatorios .....	440
8.-	La jurisprudencia se inclinaba, en fallos todavía sin firmeza pero anteriores a la decisión de la CS, a desestimar la responsabilidad de los buscadores por la difusión de injurias, con fundamento en la libertad de expresión, en la circunstancia que los contenidos son de terceros y en la imposibilidad de contralor.....	443
9.-	Conclusiones acerca del fallo de la Corte y errores probatorios del demandante .....	446
	a) El requerimiento extrajudicial. Su ausencia .....	447
	b) Falta de prueba de otras cuestiones.....	447
	c) Conclusión más importante de la CS: No existe una obligación general de vigilancia.....	447