

Doctrina WHATSAPP: Modos de introducción procesal y valor probatorio

15 enero 2021

Autor: Fassina, Fernando I.

Fecha: 15-nov-2020

Cita: MJ-DOC-15657-AR | MJD15657

Sumario:

I. Sumario. II. Nociones preliminares. III. Marco normativo general. IV. Posibilidades de introducción de la prueba en el proceso civil. IV.a. Screenshots o capturas de pantalla. IV. b. Chat exportado a correo electrónico e impreso desde allí. IV.c. Capturas de pantalla o chat impreso con intervención notarial. IV. d. Capturas de pantalla o chat impreso con intervención judicial. IV.e. Testigos del chat. IV. f. Pericial sobre dispositivo aportado. IV. g. Aportar enlace de nube como documental. IV.h. Introducción de la conversación (o detalles) mediante declaración de la parte. IV.i. Ofrecimiento como prueba documental en poder de la demandada. IV.j. Reconocimiento judicial de las conversaciones. V. Algunas consideraciones sobre el valor probatorio de Whatsapp. VI. Conclusiones.

Doctrina:

Por Fernando I. Fassina (*)

I. SUMARIO

El presente trabajo se circunscribe al análisis de las posibilidades que poseen los justiciables de introducir, como elemento probatorio en un proceso, el medio de comunicación electrónico más importante que actualmente atraviesa nuestras vidas: la aplicación WhatsApp. Sin ánimo de completitud ni conclusión alguna, sino abordando algunos aspectos procesales, el objetivo es simplemente que al eventual lector pueda resultarle de utilidad lo que aquí se reseña, o al menos para que sirva como inicio de otras ideas superadoras.

¿Aún no estás suscripto a Microjuris? [Ingresá aquí.](#)

II. NOCIONES PRELIMINARES

Los tiempos que actualmente transitamos tornan indispensable un replanteo radical sobre las formas tradicionales de ejercer el derecho.

En este contexto, y delimitando el objeto de análisis del presente trabajo, me voy a detener únicamente en la indagación de la aplicación WhatsApp, siendo éste un medio de comunicación que reemplazó a las llamadas de teléfonos fijos y celulares, y también

a los correos electrónicos, ya que mediante esta plataforma multimensajes se puede hacer todo lo que se hacía por medio de los otros -y aún más- con la bondad de que puede instalarse tanto en aparatos de telefonía celular como en computadoras de cualquier tipo.

WhatsApp se sincroniza con el teléfono -u otro dispositivo- lo que hace que su software liste todos los números de la agenda del usuario como contacto de la aplicación de manera automática, sin necesidad de una carga adicional.

Esta aplicación de mensajería instantánea creada apenas hace poco más de 10 años (2009), al día de la fecha es utilizada aproximadamente por 2000 millones de usuarios en todo el mundo, lo que representa que 1 de cada 4 personas en todo el planeta usa esta aplicación.

En Argentina las cifras son aún más asombrosas. Según el último estudio de la Global Web Index, el 93% de los propietarios de smartphones de nuestro país utilizan WhatsApp.

Solamente en función de estos datos se puede afirmar -sin margen de equivocación- que un grandísimo porcentaje de nuestras vidas transcurre, de algún modo, a través de esta plataforma; de hecho, nuestra educación, el trabajo, las contrataciones, las compras y numerosas relaciones interpersonales de toda índole, por solo nombrar algunas, se gestan, perduran, se desarrollan y finalizan por WhatsApp.

En consecuencia, difícilmente un conflicto que se judicialice no tenga aunque sea un punto de conexión con esta plataforma. Y si es así, lo más probable es que ese vínculo virtual sea un elemento probatorio más -a veces el único- cuando debemos probar los hechos que constituyen la plataforma fáctica de nuestra teoría del caso civil.

Pero, si bien no se discute la penetración de la aplicación en nuestras vidas, cierto es también que su introducción probatoria en un proceso no es algo tan sencillo si queremos extremar su eficacia, sumado a que aún se advierte cierta desconfianza general cuando de pruebas electrónicas o digitales hablamos.

De esta manera, y sin ambición alguna de agotamiento de la cuestión, el presente trabajo pretende acercarle al lector las distintas posibilidades que tenemos los abogados litigantes al momento de ofrecer los archivos de WhatsApp como prueba de nuestra pretensión procesal.

III. MARCO NORMATIVO GENERAL

El Código Civil y Comercial de la Nación contempla en su art. 284 la llamada libertad de las formas para la celebración de actos jurídicos, disponiendo que, si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que prefieran.

A su vez, en el art. 286 del mismo cuerpo legal se define y reconoce expresamente a la manifestación escrita (mediante instrumentos públicos y particulares firmados o no firmados), aclarándose que puede hacerse constar en cualquier soporte siempre que su

contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.

Seguidamente, el art. 287 distingue al instrumento privado firmado y al particular no firmado, comprendiendo en esta última categoría a los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y los registros de la palabra y la información, sin hacer distinción alguna sobre el medio empleado para tal fin.

Efectuada esta introducción, evidentemente los mensajes de texto, los audios y las imágenes que enviamos y recibimos mediante la plataforma de WhatsApp quedan comprendido dentro de este último concepto.

Dicho esto, entiendo que debemos continuar el análisis de manera armónica con el art. 319 del mismo cuerpo normativo, ya que al decir que «el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen», inexorablemente tenemos que extremar los recaudos al ofrecer esta prueba en juicio, dado que según el modo en que lo hagamos mayor o menor será el peso probatorio que posteriormente el magistrado le asigne.

Esta norma, de neto corte procesalista en el código de fondo, fija estrictos parámetros de apreciación judicial de los instrumentos particulares existentes en cualquier soporte, sin distinguir si se refiere a los instrumentos firmados o no firmados, por lo cual podemos entender que comprende a las dos categorías.

Al mismo tiempo, tampoco es menor advertir que estas pautas de valoración son meramente enunciativas, despejando toda duda al respecto con la expresión «entre otras pautas.» y también que no son excluyentes entre sí, dado la referencia «.y.» al puntualizar las mismas. A su vez, la primera parte de la norma no aporta nada novedoso, pero sí la última en cuanto refiere a «.la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen», ya que alude específicamente a los documentos electrónicos, otorgándole rango legal al modo procesal de introducir una prueba digital.

Por esta razón, debemos saber que los grados de fiabilidad de los documentos electrónicos son diversos, que el modo de exhibirlos ante el juez es crucial y que el respeto a la cadena de custodia de la prueba es determinante.

Así, entonces, debemos analizar qué tan confiable es el soporte de la aplicación WhatsApp y cómo deberán ser los procedimientos técnicos de obtención, resguardo y perdurabilidad de esas comunicaciones, porque en función de todo ello será el vigor y la gravitación que tendrá esta prueba en juicio. Por el contrario, si la confiabilidad es baja y el modo que utilizamos para incorporarla en el litigio es deficiente, no debemos albergar muchas esperanzas de éxito procesal.

Por último, y teniendo en cuenta que al tiempo de realización de este trabajo se encuentra en proceso legislativo la sanción de una actualización del Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa, solamente referiré que la normativa de formas actual

perfectamente permite (y de hecho así se produce) la incorporación al proceso de pruebas electrónicas de todo tipo, pero sin lugar a dudas la nueva normativa contendrá previsiones más específicas que estén a tono con los tiempos que corren.

IV. POSIBILIDADES DE INTRODUCCIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL.

Ahora bien -y aquí el propósito del presente trabajo- en este acápite me referiré a las formas de proponer un chat de WhatsApp como prueba en un juicio, aclarando, desde ya, que de ningún modo la siguiente enumeración tiene pretensión de agotamiento alguno, sino simplemente compartir algunas de las posibilidades existentes. A saber:

a.SCREENSHOTS O CAPTURAS DE PANTALLA

Usualmente tiende a considerarse que la mera aportación como prueba documental de las fotos que se pueden tomar de los chats de WhatsApp por medio del mismo aparato móvil – comúnmente denominadas «capturas de pantalla» por su traducción de la voz inglesa screenshots, o también «pantallazos»- son suficientes para probar que la conversación efectivamente existió y que ésta adquiere absoluta relevancia jurídica-procesal, convirtiéndose en una prueba de extrema gravitación.

Pues no. Esta forma de aportar la prueba es la más débil que podemos elegir porque es muy sencillo fraguar una conversación por WhatsApp, ya sea simulando la identidad de nuestro interlocutor mediante el uso de otro teléfono al cual agendamos en el nuestro con el nombre que deseemos, o bien alterando en alguno de sus tramos una conversación que efectivamente existió. Vale decir que para cualquiera de estas acciones incluso existen aplicaciones y programas informáticos que lo realizan de tal manera que a la vista es imperceptible el fraude. Por ello, los cánones de confiabilidad del dispositivo y de la fuente probatoria, así como también la inalterabilidad de la misma, van a ser blanco fácil de la defensa de la contraparte y, con certeza, motivo de ínfima o nula valoración positiva por parte del magistrado, sirviendo apenas como un mero principio de prueba por escrito.

b.CHAT EXPORTADO A CORREO ELECTRÓNICO E IMPRESO DESDE ALLÍ

Otra alternativa consiste en transferir la conversación mantenida por WhatsApp hacia un correo electrónico mediante la función «Exportar Chat» que la misma aplicación posee dentro de su menú de actividades, para luego imprimirlos y presentarlos como prueba documental en soporte papel.

Este traslado del chat hacia un correo electrónico comprende no solo los archivos de textos, sino la totalidad de la conversación, incluyendo los datos multimedia (imágenes, audios, videos).

El correo recibido contendrá detalle de la totalidad de la conversación, con fecha y horas de la misma, e incluso con la referencia de los ficheros de fotos, videos y conversaciones que se hayan remitido los protagonistas.

Por las mismas razones que las capturas de pantalla esta prueba documental, por sí sola, es muy endeble y fácilmente impugnabile, no reuniendo los standards mínimos de confiabilidad e inalterabilidad.

c. CAPTURAS DE PANTALLA O CHAT IMPRESO CON INTERVENCIÓN NOTARIAL

Así como acabo de manifestar que ni las capturas de pantalla ni los chats impresos contienen la robustez probatoria deseada al ser ofrecidos como prueba documental autónoma, en este apartado referiré que esos mismos documentos, debidamente certificados por un escribano público, adquieren una relevancia totalmente diferente.

Y al hablar de «debidamente» quiero significar que la tarea notarial, para ser verdaderamente eficaz a tenor del art.319 del CCC (« .la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.») debe reunir una serie de requisitos, ya que no todos los documentos digitales poseen las mismas propiedades técnicas o grados de seguridad, existiendo una gran diversidad al respecto.

De esta manera, lo aconsejable es que el notario, teniendo a la vista la conversación de WhatsApp, proceda a la transcripción literal de los mensajes que observa en el dispositivo móvil (o los screenshots) en el acta notarial que labre al efecto, detallando los perfiles de los protagonistas, los números intervinientes, las fechas y horas que aparecen los mensajes, los avisos de eliminación de mensajes, los avisos de envío y recepción (tilde o check), las imágenes y su extensión, los audios y su duración temporaria con transcripción del mismo, los videos y su descripción, con más todo otro dato que a la vista del escribano público aparezca. Al mismo tiempo, también resulta necesario que se describa en el acta las características técnicas del aparato móvil sometido a constatación, principalmente su marca, modelo, versión, número de IMEI, número de tarjeta SIM, compañía telefónica utilizada, año de fabricación y número de compilación.

Asimismo, también deberá constatarse la agenda del teléfono, para de esta manera verificar con qué número telefónico está agendado quien aparece como protagonista de la conversación (para luego completar esta prueba con una informativa que precise a quién pertenece el número telefónico constatado).

Por último, vale aclarar que el notario no es un perito; por tanto, no podemos exigirle que consigne en el acta aspectos de neto corte técnico porque no es una habilidad que naturalmente posea. Pero sí podemos sugerirle que a efectos de una mejor y más completa constatación requiera la ayuda de un perito informático que le exhiba la forma de constatar la totalidad de los datos precitados.

Justamente, y en función de nuestro propio interés futuro, cuantos más recaudos tomemos en esta pre-constitución probatoria, mayores posibilidades tendremos de contrarrestar impugnaciones de nuestro adversario procesal.

d. CAPTURAS DE PANTALLA O CHAT IMPRESO CON INTERVENCIÓN JUDICIAL

Con el mismo propósito de lograr eliminar la volatilidad que supone la simple aportación de una captura de pantalla o de una impresión de chat, como así también para dotar a esta prueba documental de mayor certeza en cuanto a la inalterabilidad de la fuente, también existe la posibilidad de ofrecer esta documental conjuntamente con el pedido de primera audiencia ante la Secretaría del juzgado para que sea un funcionario judicial el que actúe como fedatario.

De este modo, junto con la demanda deberíamos aportar las copias de las capturas o las impresiones del chat y solicitar la fijación de una primera audiencia para que la Secretaría del juzgado certifique las mismas teniendo a la vista el dispositivo electrónico que a ese mismo acto procesal acercáramos (o conjuntamente con la interposición de la demanda); nada impide que a este acto -por supuesto- sean citadas también las restantes partes que intervienen o intervendrán en el proceso, a fin de efectuar el contralor pertinente, y también un perito informático que coadyuve en la labor jurisdiccional.

De más está decir que el/la Secretario/a del juzgado deberá adoptar los mismos recaudos y consignar en la certificación los mismos datos y requisitos exigidos al Notario Público.

e. TESTIGOS DEL CHAT

Como sabemos, el testigo podrá declarar acerca de los hechos que hubiera tenido conocimiento de manera directa o a través de algún sentido, materializándose el mismo a través de un interrogatorio efectuado por la parte que lo ofrece, más el contrainterrogatorio del oponente procesal.

Respecto de los chats de WhatsApp, el propósito de la testimonial es que un tercero imparcial refuerce y genere mayor presunción de autenticidad sobre los mismos, que ya se han aportado previamente de alguna de las formas ya enumeradas.

En dicho interrogatorio, el testigo podrá declarar sobre la existencia de los mensajes intercambiados y los interlocutores que participaron, tanto si quien testimonia participó también de los chats o sabe de su existencia por cualquiera de sus sentidos, debiendo ser judicialmente valorada esta exposición dependiendo de lo convincente que la misma sea en razón de sus dichos y en función de la restante prueba existente en autos.

En definitiva, si bien la aportación de los chats, de la forma que fuese, no es concluyente -ni mucho menos- y teniendo en cuenta, también, la relatividad y el desprestigio de la prueba testimonial, lo cierto es que la combinación de ambas crea una base de credibilidad para nada despreciable.

f. PERICIAL SOBRE DISPOSITIVO APORTADO

Sin dudas, este es el medio probatorio por excelencia a la hora de aportar una conversación por WhatsApp en un proceso judicial. Pero, como toda tarea que requiere una destreza y una técnica particular, resulta imprescindible la adopción de algunos recaudos en pos del éxito probatorio.

De esta manera, primeramente debemos tener muy presente que la información de los mensajes de WhatsApp solo es guardada en los terminales de los usuarios, por lo que, si

estos los borran, tendremos que acudir a la memoria flash interna del dispositivo, con el gran inconveniente que en esta memoria solo perduran hasta que el aparato necesita más espacio para alguna otra función, momento éste en el que los chats se borran definitivamente.

Sabido esto, podemos afirmar que la tarea del perito informático (si es especialista en redes sociales, tanto mejor) es crucial, ya que debido a la volatilidad y a la facilidad de adulteración, la mayor o menor confiabilidad del documento electrónico va a depender de la trazabilidad de la recolección de los datos, el almacenamiento y el irrestricto respecto de la cadena de custodia de los elementos que sirven para el peritaje.

Sin dudas, en el ámbito civil no es habitual hablar de cadena de custodia de la prueba, como sí lo es en el penal, pero cuando se trata de pretensiones probatorias informáticas debemos saber que si no adoptamos este concepto no obtendremos el éxito procesal esperado (aunque también vale la pena aclarar que la falta de preservación de la cadena de custodia no es óbice para la eficacia de esta prueba documental, solo que la misma puede ser fácilmente impugnada y, necesariamente, deberá analizarse de manera conjunta con otros medios probatorios).

Por lo demás, y sin entrar en tecnicismos propios del trabajo pericial (por desconocimiento y por no ser el fin de este trabajo), debo señalar que para que el informe del experto tenga validez y peso probatorio, es imprescindible que contenga una explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde (lo cual no dista de cualquier otra pericia, pero en este caso, debido a la complejidad del asunto, adquiere una relevancia superior), también unadescrípción pormenorizada de los equipos tecnológicos utilizados para la tarea (porque de ello también dependerá la falibilidad o no de la pericia) y la forma en que el perito ha recibido los elementos a peritar por parte del tribunal. Si el experto advierte que la cadena de custodia ha sido interrumpida debe indicarlo expresamente en su informe, tanto para deslindar sus responsabilidades como para ser un extremo que el juez deberá oportunamente sopesar.

Luego, y exclusivamente en lo referido a las conversaciones de WhatsApp, el perito deberá informar si el contenido que aprecia al proceder a la apertura del teléfono coincide con el aportado como prueba documental (si ha sido aportado) o si advierte alguna alteración o manipulación de las mismas. A grandes rasgos, esta tarea puede llevarse a cabo de dos formas: la primera es borrar la aplicación WhatsApp y luego descargarla y reinstalarla nuevamente, para que se restauren los datos que WhatsApp guardó en la nube, pudiendo de esta manera verificar la conversación completa, incluso los que el dueño del teléfono haya borrado; y la segunda es mediante un análisis de volcado forense de memoria, mediante el cual el experto analiza los archivos insertos en el dispositivo efectuando una copia exacta de la información (certificada mediante un código denominado hash, que es como el ADN del archivo) para luego peritarla mediante diversos procedimientos, pero sin dañar la fuente, conservando su inalterabilidad para futuras pericias, cotejos o contrapruebas.

En relación al ofrecimiento de la prueba pericial, lo aconsejable es que quien pretende valerse de ella se asesore con un profesional en la materia, pero de manera genérica se puede afirmar que los siguientes puntos de pericia son de ineludible formulación:

- Indicar a que línea y a qué empresa de telefonía celular se encuentra vinculado el dispositivo X aportado por esta parte.
- Indicar el número de IMEI que identifica el dispositivo X aportado por esta parte.
- Determine si la cuenta de WhatsApp inserta en el dispositivo concuerda con la línea telefónica del mismo.
- Determine si con fecha X se produjo un intercambio de mensajes a través de WhatsApp entre el móvil número X y el móvil número Y; o si el intercambio de mensajes que aparece en el dispositivo coincide con la prueba documental aportada en autos (si así se hizo).
- Transcriba el contenido de los mensajes intercambiados, los horarios en que se produjeron y quienes fueron emisores y receptores de cada uno de ellos.
- Establezca específicamente qué mensajes fueron debidamente entregados al destinatario y cuales fueron efectivamente visualizados (mediante el «tilde azul»).
- Informe los nombres o identificación (incluidas fotos de perfiles) de los participantes en la conversación.
- Determine si existen huellas de borrado de información, cambio de datos o manipulación alguna. En tal caso, en qué fechas y sobre qué archivos.

En definitiva, como ya se anticipara, esta prueba se erige como la única que puede otorgarle a un juez la convicción necesaria sobre su autenticidad, siempre y cuando se adopten los recaudos reseñados.

Finalmente, y teniendo en cuenta que en los tiempos que corren a veces no resulta posible la entrega de nuestros dispositivos electrónicos para que permanezcan reservados en un juzgado hasta la producción de la prueba pericial en su etapa procesal ordinaria, debemos saber también que por la posibilidad de perder los archivos de la memoria flash (tal como se explicara al comienzo de este acápite) podemos solicitar la misma con carácter anticipado, fundando debidamente los motivos de la petición y resguardando la bilateralidad y el derecho de defensa en juicio de todos los involucrados.

g. APORTAR ENLACE DE NUBE COMO DOCUMENTAL

Otra posibilidad que ofrece la amplia gama de soportes digitales existentes (físicos y no físicos, tangibles o no tangibles) es la de preservar una copia de seguridad de todos sus contenidos en un servidor de almacenamiento externo, lo que técnicamente se conoce como «Cloud Computing», pero comúnmente denominamos «nube de almacenamiento», o simplemente «nube».

Esto se logra de la siguiente manera: en el menú general de WhatsApp se debe ir a «Más opciones», luego a «Ajustes», ahí a «Chats», finalmente a «Copia de seguridad» y por último a «Guardar en Google Drive» (por ejemplo), lugar donde también se puede elegir

la frecuencia con la que queremos que se guarden de manera automática estas copias de seguridad.

De esta manera, los usuarios de WhatsApp que quieran mantener sus conversaciones y archivos a salvo -teniéndolos igualmente disponibles ante un cambio de terminal o cualquier otra eventualidad- podrán tener una copia de ello en distintas aplicaciones proveedoras de almacenamiento externo a nuestro aparato (tales como Google Drive, DropBox, Microsoft OneDrive, Box, Amazon Drive, Mega, Mediafire y Degoo, entre otros).

La principal característica técnica que poseen estos tipos de almacenamientos externos es su ubicuidad, lo cual no es más que la capacidad de poder acceder a los archivos desde cualquier lugar y en cualquier momento, sin otro requisito que un dispositivo informático conectado a internet.

Debido a estas características apuntadas, nos encontramos ante una nueva posibilidad procesal de producción probatoria, la cual consiste en ofrecer como prueba documental simplemente el enlace de internet del servidor de almacenamiento externo en el cual está alojada la conversación de WhatsApp que queremos incorporar al proceso.

De este modo, tanto el juez de la causa como las demás partes del pleito podrán acceder a la misma de manera virtual, pudiendo efectuar los análisis y las consideraciones que crean pertinentes.

A diferencia de la aportación de las conversaciones impresas -con cualquier tipo de certificación- el examen de las mismas mediante el enlace de la nube puede aportar como extra la posibilidad de advertir o constatar «rastros» de eventuales manipulaciones efectuadas sobre los chats, tales como borrados, suprimidos, posdatados o cambios de la identidad de los protagonistas, entre otros.

No obstante, y a efectos de lograr la mayor fortaleza probatoria posible, se sugiere respaldar esta prueba documental con la prueba pericial a fin de que ésta arroje como resultado que la parte no alteró el archivo, o que no tuvo posibilidad de alterar el contenido del archivo, o bien que tales modificaciones hubieran sido muy difíciles, costosas o que hubieran requerido un altísimo conocimiento técnico, debiendo ser evaluado jurisdiccionalmente cada una de estas alternativas.

h. INTRODUCCIÓN DE LA CONVERSACIÓN (O DETALLES) MEDIANTE DECLARACIÓN DE LA PARTE

Continuando con las posibilidades de probanza de una conversación de WhatsApp, ahora me referiré al supuesto en que ésta pueda canalizarse dentro de los puntos o «preguntas» del interrogatorio de la declaración de cualquiera de las partes procesales.

De este modo, y sin soslayar que las partes tienen la obligación de reconocer o negar categóricamente los documentos aportados al proceso que se le atribuyeran existiendo serias consecuencias procesales en caso de no hacerlo, y que aportados que fueran como prueba documental las conversaciones de WhatsApp por una parte nacería el cumplimiento de esta carga para la contraria, cierto es que igualmente cabría la

posibilidad de reflatar el análisis de estos chats en oportunidad de celebrarse la audiencia de declaración de partes.

En este sentido, sabemos que cuando las partes se expiden en oportunidad de contestar la demanda, o reconvencción, o los traslados primigenios sobre prueba documental, generalmente se produce una negativa sobre el documento íntegro, lo cual exime a la parte de adentrarse en los detalles.

En consecuencia, negada la autenticidad del documento o la recepción de los mensajes de WhatsApp, podemos aún lograr la confesión de nuestra contraparte sobre aspectos sustanciales de esta prueba que, sin resultar concluyentes, arrojen fuertes indicios de valor probatorio.

De esta manera, durante la audiencia de declaración de la parte podemos exhibirle la conversación que hemos introducido como prueba documental y requerirle que nos responda si, por ejemplo, el número de teléfono que aparece como destinatario de nuestros mensajes es el suyo, si la foto de perfil corresponde a la que el declarante utiliza habitualmente o alguna vez utilizó, si conoce a alguna de las personas que se ven en una fotografía que contiene el chat, etc.

Así, estas confesiones parciales que pudiésemos lograr, analizadas conjuntamente con el restante plexo probatorio, pueden resultar realmente importantes y trascendentes, ya que por un lado contribuyen a crear la convicción judicial sobre el objeto de nuestro pleito, pero por otro tornan ostensiblemente inocuos los desconocimientos y las negativas iniciales de nuestra contraparte sobre la documental aportada.

i. OFRECIMIENTO COMO PRUEBA DOCUMENTAL EN PODER DE LA DEMANDADA

Muy probablemente cuando los legisladores de normativas procesales concluyeron como posible que una parte del proceso pudiese exigir a la contraria la presentación de documentos que estén en su poder no imaginaron que actualmente esos documentos podrían no ser papeles, ni que podrían existir en soportes digitales, que algunos -incluso- no fueran tangibles o que ese «documento» fuera exactamente el mismo que bien pudo aportar la parte que luego se lo exige también a su adversaria.

Dicho esto, resulta perfectamente posible que la parte que aportó -eligiendo cualquier formato o estrategia probatoria- una conversación de WhatsApp también pueda exigirle a su contraparte que aporte esa misma documental, es decir, esa misma conversación (o bien el dispositivo que la contiene a efectos periciales).

De esta manera, tanto el art.388 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, como todas las normas provinciales concordantes, establecen expresamente que a la parte que posee el documento se le intimará su presentación en un plazo perentorio; como así también que cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituirá una presunción en su contra.

En el análisis que hoy nos ocupa, esta presunción en contra será fácilmente operativa, ya que al haber ya presentado la contraparte la misma conversación se satisface en

principio el requisito de las demás probanzas exigidas, sin contar, claro, que también la pericial posterior y la informativa a las compañías telefónicas involucradas -por ejemplo- contribuirán enormemente en tal sentido.

Ergo, cuando un justiciable tiene en su poder prueba documental -de manera común o exclusiva- y ésta es materia decisiva -total o parcial- de un pleito y se rehúsa a acercarla al proceso, simplemente se verifica un acto deliberado que lo asume por su cuenta y riesgo, como tantas otras facultades que un litigante puede ejercer en un proceso (comparecer o no a juicio, defenderse o no, absolver posiciones o no, etc.).

Pero, como en todos los casos citados, sucede que la ley prevé una sanción procesal para el que decide no aportar esas pruebas, suponiéndose que el remiso carece de razón, prevaleciendo las manifestaciones del adversario.

Dicho de otro modo, las reglas de la lógica indican que si un litigante aduce que las afirmaciones del contrario son falsas o los documentos no son auténticos y él, pudiendo concurrir con sus documentos para contrarrestarlo, no lo hace, lo menos que se puede deducir es que esos documentos ya aportados por la otra parte son reales y no lo favorecen.

No obstante, es en oportunidad de la sentencia definitiva cuando el magistrado analiza y valora el alcance de tal negativa y la fortaleza de la presunción, ya que también contará con la producción de otras pruebas corroborantes de la existencia y el contenido del documento denunciado.

Esta posibilidad de ofrecimiento probatorio es ciertamente inusual, pero nada lo impide.

A su vez, y aunque es menos usual aún -por no decir inexistente- nada obsta tampoco a que se pueda solicitar el efectivo secuestro del dispositivo de la contraparte que intervino en las comunicaciones generadas a través de la plataforma WhatsApp, con el objeto de demostrar la concurrencia de los mensajes acaecidos, sea este pedido formulado una vez iniciado el proceso o previamente por la vía de la prueba anticipada, fundando debidamente la premura de la solicitud.

Sin dudas, uno de los obstáculos que puede encontrar este requerimiento es que la concesión de la medida puede implicar para la parte demandada la privación por un tiempo considerable de su dispositivo informático, y en los tiempos que vivimos éste resulta un elemento esencial para el uso personal, familiar y laboral. Como ocurre en estas cuestiones de preponderancia de derechos, será el buen criterio judicial quién sopesará los pros y contras de la cuestión.

j. RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LAS CONVERSACIONES

La prueba de reconocimiento judicial, como sabemos, sirve para que -a instancia de parte o de oficio- el juez pueda examinar por sí mismo algún lugar o cosa íntimamente relacionado con los hechos del proceso, pudiendo valerse para ello de la asistencia de un experto en la materia que se trate.

Como también sabemos, esta es el único medio probatorio en que el juez examina directamente la fuente de la prueba, tomando contacto y percepción propia del objeto sometido a verificación.

A esta prueba, a su vez, podrán concurrir las partes, los letrados y los consultores técnicos, quienes también pueden efectuar observaciones, produciéndose un efectivo acto de inmediación y conocimiento.

Respecto del tema que nos ocupa, entonces, los litigantes tenemos la posibilidad de ofrecer como prueba de nuestra teoría del caso el reconocimiento judicial del dispositivo electrónico en el que consten las conversaciones de WhatsApp que queremos introducir como prueba en el juicio. Para ello, no es condición necesaria que depositemos dicho aparato de manera previa al reconocimiento, sino que tranquilamente podemos presentarlo el mismo día del acto procesal.

El magistrado interviniente en la diligencia podrá documentar lo actuado en un acta que celebre al efecto, pudiendo también anexarle imágenes de lo que percibió y conclusiones o comentarios aportados por el profesional idóneo que lo secunde, para lo cual también pueden valerse de aparatología técnica específica, determinándose así no solo la existencia de los mensajes alegados sino también la integridad e inalterabilidad de los mismos.

Concluyendo, este medio probatorio resulta de gran valía procesal, transformándose también en una verdadera prueba concluyente si el juez asume un rol proactivo, el técnico que lo secunda es realmente idóneo y las partes efectúan propuestas conducentes y específicas en torno a la probanza de su pretensión o defensa procesal.

V.ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL VALOR PROBATORIO DE WHATSAPP

A esta altura del análisis, huelga manifestar que existen notorias diferencias entre la evidencia tradicional y la evidencia digital, electrónica o informática, pudiendo mencionar entre ellas la volatilidad, la posibilidad de duplicación, la facilidad de alteración y la gran cantidad de «metadatos» (datos sobre otros datos) que posee la última con relación a la primera.

Estas diferencias hoy en día se traducen en complicaciones a la hora de otorgarle certeza a estas pruebas, a lo que también debemos anexar otras que trascienden la prueba en sí misma, como es la falta de regulación en algunos campos o el desconocimiento -para el general de la gente, incluidos jueces- de ciertos aspectos técnicos de ineludible conocimiento a la hora de emitir un análisis válido y eficaz.

Respecto de los datos que circulan mediante la aplicación WhatsApp se percibe, no sin razones, la desconfianza existente por la facilidad de manipulación de estos documentos digitales, como así también las problemáticas en torno a la imputación de autoría de esos documentos.

Pero, cuando profundizamos sobre el particular, conocemos que si bien son fundadas esas sospechas y esos temores, cierto es también que existen numerosos análisis

técnicos y periciales que otorgan un porcentaje muy elevado de certeza en cuanto a la inalterabilidad de esta prueba.

El problema que estos medios presentan al operador jurídico, entonces, es la desconfianza que les genera al invocarlo como evidencia probatoria porque, en general, se desconoce cómo hacerlo eficazmente.

En la documentación electrónica, los metadatos (que son datos que describen otros datos o que describen contenidos de otro recurso informático o digital) son absolutamente relevantes, dado que mediante ellos podemos conocer la actividad desplegada por los usuarios de un sistema operativo, pero también, y sobre todo a los fines procesales que analizamos, conocer si esa actividad original ha sido adulterada, cambiada o violada, pudiendo determinar también cuándo se hizo, cómo y que rastros dejaron esos cambios.

Pero, particularmente respecto de WhatsApp, los metadatos adquieren una relevancia aún mayor ya que el administrador de esta aplicación no conserva el contenido de las conversaciones -solo hace posible el tránsito de la información quedando ésta únicamente en los terminales de los usuarios- pero sí guarda los metadatos de estas conversaciones, que son los que reflejan el tráfico de las comunicaciones, el origen y el destino de las mismas, las identidades e IP, entre otros.

Estos datos, entonces, serán absolutamente relevantes a efectos de las pericias que pudieran realizarse en un proceso, ya que si las conversaciones fueron manipuladas de algún modo, los metadatos de las que se exhiben en juicio no serán idénticas a las que informe el administrador de la aplicación, quedando expuesta la falta de autenticidad e integridad de la prueba.

Otra desconfianza en torno a la introducción probatoria de conversaciones mediante WhatsApp se relaciona con la noción de autoría de la declaración de voluntad, debido a que como en el Código Civil derogado ésta se basaba exclusivamente en la inserción de una firma ológrafa, aún persiste tal creencia, soslayándose que en la actual legislación civil de fondo esta temática ha sido ampliada, incorporando cualquier medio técnico que asegure la verificación de la autoría atribuida y de la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento (entrando aquí en juego las direcciones IP, IMEI y los números de compañías de telefonía celular, entre otros).

Al mismo tiempo, la sanción de la Ley Nacional N° 25.506 (conocida como Ley de Firma Digital) contribuyó enormemente con la cuestión y despejó cualquier duda en torno a la eficacia probatoria de los documentos digitales, siempre y cuando -claro está- se tomen los recaudos ya reseñados para su efectiva presentación procesal.

Para finalizar, podemos concluir que las posibilidades que se enumeraran en el acápite precedente de introducción en un litigio de los datos o conversaciones mantenidas por WhatsApp no son excluyentes entre sí ni mucho menos, todo lo contrario, en la medida que podamos encontrar la forma de ofrecerlas en bloque, bien combinadas y retroalimentándose unas con otras, mayores serán las posibilidades de provocar la convicción jurisdiccional sobre los hechos que conforman nuestra teoría del caso de índole civil.

En definitiva, y en consonancia con los principios de libertad probatoria imperantes, esas posibilidades o todas las que cada operador pueda idear o todas las que en un futuro nazcan en esta vorágine digital en la que nos encontramos, siempre y cuando se valgan de medios lícitos, pueden ser utilizadas en juicio, debiendo ser los jueces quienes, atendiendo a la misma versatilidad probatoria existente, permitan un análisis amplio de todos los formatos de prueba que atraviesan nuestras vidas a diario.

VI. CONCLUSIONES

En los tiempos que corren, los profesionales del derecho debemos adaptarnos al medio que nos circunda, convenciéndonos que el ejercicio de la abogacía ya ha abandonado casi totalmente sus formas tradicionales, dando paso a desempeños, métodos, procedimientos y utilización de elementos absolutamente electrónicos o digitales.

Actualmente, las temáticas concernientes al e-commerce (comercio electrónico), a la e-democracy (democracia digital), al marketing digital, a la privacidad y protección de datos, a la propiedad intelectual electrónica, al cuidado de la imagen difundida por medios digitales, entre tantas otras, deben ser abordadas correctamente por todos los operadores judiciales, tanto afrontándolos de manera eficaz por los abogados al momento de judicializarlos, como por los magistrados al momento de tener la apertura necesaria para admitir un sinnúmero de medios probatorios desconocidos hasta el momento.

En este sendero, lo único que no ha cambiado es que el Derecho y la Justicia, como tales, deben tener el norte puesto en la búsqueda de la paz social. Para ello, estimo que la creación de protocolos claros, precisos y standarizados para la obtención de pruebas digitales, para su preservación y para el modo de introducirlas procesalmente resulta imperioso y urgente, dado que a partir de él se adquirirá la absoluta y necesaria convicción jurisdiccional.

A su vez, el Código Civil y Comercial de la Nación, desde su sanción, ha contribuido con toda una serie de principios que impactan directamente en la temática bajo análisis, imponiendo una interpretación flexible y facilitadora de las cuestiones probatorias para que, en definitiva, se arribe rápidamente a la ansiada verdad procesal y, de esta manera, se asegure una verdadera seguridad jurídica en torno a la protección de los derechos tutelados.

Para concluir, y en función de la dinámica de la temática que pretendí abordar en este trabajo, no sería raro que lo que hoy considero como correcto o adecuado, mañana tal vez no lo sea o resulte insuficiente, pero ese es el desafío constante de todos aquellos que pretendemos indagar un poco más en algunas cuestiones y eso también es lo que torna sumamente interesante nuestra tarea diaria, la posibilidad de rever a cada paso nuestros actos para mejorar el ejercicio de la profesión que elegimos.

(*) Abogado litigante. Docente en las materias «Derecho Procesal Civil y Comercial» y «Taller de Litigación Civil y Comercial» de la UNLPam. Investigador en el Proyecto de Investigación titulado «Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de La Pampa. Comentado y Anotado» (Resolución N° 054/14, del Consejo Directivo de la UNLPam).

Investigador/Autor del Proyecto de Investigación titulado «Sistematización de Trabajos Prácticos para la Proyección de un Manual de la Cátedra», enmarcado en el «Programa de Fortalecimiento de Docencia, Investigación y Extensión», de la UNLPam . Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (A.A.D.P.) – Socio N° 872.

Fuente: https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/01/15/doctrina-whatsapp-modos-de-introduccion-procesal-y-valor-probatorio/?fbclid=IwAR0FmNa4QY29rsvZXMxmES1boaVQ-gPBe7D5L3ULfAfuUVcln_nXr3ugc0