

XXX Congreso Nacional de Derecho Procesal. Comisión 1- Procesal Civil.

EL INSTITUTO DEL DISCOVERY APLICADO A LA OBTENCIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS INFORMATIZADOS

Por Micaela B. CABANA y Lucila G. PAGANI

Teléfonos de contacto: +54 9 11 2302-9593 , +54 9 11 5606-4053

Correo electrónico: micaelacabana@hotmail.com –
lucila.pagani@usal.edu.ar

SINTESIS: La ponencia se trata de la implementación del E-Discovery en nuestra legislación a fin de obtener información almacenada electrónicamente y que contenga datos creados, manipulados, comunicados, almacenados en forma digital, para eliminar la incertidumbre sobre el alcance de dicha información y así prevenir y resolver conflictos, ya la vez evitar el riesgo de su alteración o pérdida.

1. INTRODUCCIÓN

2. EL SISTEMA JURÍDICO PROCESAL ROMANISTICO VS COMMON LAW

2.1. EL DINAMISMO DEL SISTEMA PROCESAL ANGLOSAJÓN

2.2. EL TRÀNSITO DE LA ARGENTINA HACIA UN SISTEMA PROCESAL MÁS GARANTISTA

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPLICANCIA EN EL ÁMBITO JURÍDICO.

3.1. EL FACTOR SOCIAL Y EL INTERNET

3.2. EL ROL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS INFORMATIZADOS EN LA ACTUALIDAD.

4. EL INSTITUTO DEL DISCOVERY APLICADO A LA OBTENCIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS INFORMATIZADOS.

4.1. ¿QUÉ ES EL DISCOVERY?

4.2. EL E-DISCOVERY: EL DESCUBRIMIENTO INFORMATICO

5. MODO DE INCLUSIÓN DEL E- DISCOVERY

5.1 ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA IMPLEMENTACION EN LA ARGENTINA?: EL ROL DE LOS AUXILIARES DE LA JUSTICIA

5.2. ¿ES POSIBLE LA INCLUSIÓN DEL E-DISCOVERY EN EL CPCCN COMO UNA ESPECIE DE PRUEBA ANTICIPADA?

6. PROPUESTA

7. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En la presente ponencia tratamos la temática del E-Discovery como una especie dentro del género Discovery, es decir, un método de obtención de medios probatorios, previo al inicio del proceso. Esta figura tiene su raigambre en el derecho anglosajón, con su máxima aplicación en los Estados Unidos de América.

La República Argentina está recorriendo la transición hacia un nuevo código, cuyos fines son la oralidad, la inmediación y la celeridad del proceso, tendiente a la búsqueda de la realidad objetiva de los hechos litigiosos o controvertidos. Dicho avance en la legislación debe implicar una adecuación de nuestro ordenamiento a las nuevas realidades sociales como, por ejemplo, el uso masivo de la tecnología (ej: el uso de redes sociales, correos electrónicos, información que se encuentre en la nube). Empieza a ser necesario que la legislación se adapte a las nuevas tendencias de la sociedad, teniendo en cuenta que, por un lado, tenemos en nuestro ordenamiento cierta normativa de fondo, pero no hay sustento en cuanto a la normativa de forma, lo cual deja abierta a la interpretación diversa sobre estas cuestiones que hacen al siglo XXI.

Como estudiantes de la carrera de derecho, notamos la ausencia de regulación en cuanto a las nuevas tecnologías y su funcionamiento, que permita en una instancia judicial poder emplear dichos medios como elementos probatorios, y que sean legalmente admisibles.

Centrándonos específicamente en el objetivo de esta ponencia, es preciso investigar la viabilidad de la aplicación del E-Discovery como uno de los supuestos de prueba anticipada. Es decir, debemos evaluar si las tecnologías disponibles para el sistema judicial argentino están preparadas para la magnitud que este medio de obtención de prueba anticipada implica. Al mismo tiempo, debemos evaluar cómo incide la aplicación de este instituto en el comportamiento de los jueces y abogados.

2. EL SISTEMA JURIDICO PROCESAL ROMANISTICO VS COMMON LAW

Para poder comprender nuestra propuesta debemos- previo al análisis y desarrollo de la misma- enfocarnos en las diferencias existentes entre nuestro sistema procesal y el imperante en los países anglosajones.

Es sabido, que en Estados Unidos comenzó siendo una colonia inglesa, y es por eso que recibió la influencia del sistema procesal vigente en el Reino Unido; los jueces que eran enviados desde Inglaterra utilizaban la Biblia como su norma primaria, y aplicaban el Common Law sobre la base del Equity, al cual podríamos definir, tal como lo hace el Dr. Mario Masciotra como un “precedente y que admitía cierta discrecionalidad”¹.

Cuando comenzó la guerra por la independencia estadounidense, los habitantes de tierras americanas conservaron ciertas nociones del sistema, aunque ignorando lo sustancial (lo cual favoreció la codificación en algunos estados).

Nuestro ordenamiento jurídico adopta el sistema continental o bien llamado romanístico (por sus orígenes) mientras que en los países anglosajones se emplea el llamado *Common Law*. El derecho codificado -imperante y característico de los países que adoptan el primero de dichos sistemas- implica un derecho no solo escrito sino un derecho de origen legislativo basado en la decisión del propio legislador, siendo la ley la principal fuente de derecho. Por otro lado, *la profunda originalidad del derecho anglosajón consiste esencialmente en que la fuente fundamental de los derechos y obligaciones no es la ley escrita, sino las decisiones de los tribunales, los precedentes judiciales*². Los mencionados precedentes no son vinculantes, a menos que hubiesen sido dictados por el máximo Tribunal, y solo se aplican comparando los hechos sobre el caso presente; si los hechos son similares, el caso objeto del pleito puede ser sometido al ***distinguishing*** (distinción del juez). En última instancia, será el juez quien va a decidir sobre la relevancia

¹MASCIOTRA, Mario (2015). *Historia y evolución de la actividad jurisdiccional*. Lima: Raguel Ediciones, pág. 143- 144

²BORDA, Guillermo A. (2004). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 95

de un hecho y solo en tal caso puede distinguirlo mediante una opinión propia (que puede ser en disidencia). Ante el ***distinguishing***, el juez puede elegir si deja de lado el precedente o si lo aplica con otra regla, aunque el precedente anterior sobrevive; si revoca el precedente se entiende que este fue decidido de forma equivocada y, por ende, se deja de lado. Acá se aplica el concepto de ***Staredecisis***, que significa “hay que decidir de acuerdo a lo que ya se ha decidido”.

Entre otras fuentes del CommonLaw, además de la jurisprudencia, podemos encontrar:

- **StatutoryLaw**: se trata de las leyes. Hace falta aclarar que en los países anglosajones, sí existe el dictado de leyes aunque estas son mucho más genéricas y ambiguas que las del modelo continental y están caracterizadas por la taxatividad; es decir que se intenta limitar a los legisladores sus facultades transformadoras respecto de ciertas reglas resultantes del CommonLaw.
- **Custom**: Se refiere a la costumbre
- **Books of Authority**: se trata de la doctrina, es decir la opinión de conocedores del derecho.

2.1. EL DINAMISMO DEL SISTEMA PROCESAL ANGLOSAJÓN

Una de las características principales del CommonLaw es su dinamismo, su flexibilidad, que trae como consecuencia que el juez deje de aplicar determinado precedente judicial que haya quedado obsoleto debido a la cambiante realidad. Como contrapartida, tenemos a la legislación, que es lo menos parecido a una evolución gradual, ya que no dependerá del sentido común del juez la resolución de la controversia, sino que estará supeditado a la decisión adoptada legislativamente que dará origen a las normas formales.

Además, podemos mencionar como una característica distintiva del sistema procesal anglosajón, su flexibilización en la preclusión procesal, dado que los plazos no son perentorios, ni el procedimiento se encuentra estructurado como en nuestro sistema. A su vez podemos notar una tendencia constante a

superar o modificar las reglas técnicas que intentan impedir o limitar la completa comprobación de todos los hechos relevantes.

2.2. EL TRÁNSITO DE LA ARGENTINA HACIA UN SISTEMA PROCESAL MÁS GARANTISTA

Como es de público conocimiento, actualmente se formuló un anteproyecto para la sanción de un nuevo CPCCN, en el que se contemplancambios estructurales no solo en lo que respecta al proceso en sí, sino también en lo concerniente a la figura y a las tareas del juez.

Nuestro actual CPCCN prevé, en cuanto al juez un rol que no se condice con el previsto en el CCyCN, ya que no considera todo lo concerniente a las actuales tendencias sobre gestión de la oficina judicial y al diseño de los procesos de trabajo, ni mucho menos, a los avances tecnológicos de los últimos años.

En general, la normativa del actual Código regula procesos muy burocráticos, que se encuentran diseñados para ser realizados mediante la utilización del papel, generando así, un gasto que podría evitarse. Es decir, en vez de utilizarse el papel como soporte de las actuaciones judiciales, la actuación judicial termina siendo únicamente lo que se presenta a través del papel y se incorpora al expediente. Esto genera que el juez se aleje del conflicto, limitando el principio de inmediación.

Es por esto que, mediante la implementación del nuevo Código Procesal Civil y Comercial se tiene en miras la instalación de la oralidad en los procesos de conocimiento; la simplificación de las estructuras procesales, distinguiendo las que requieren inmediación de las que se pueden realizar mediante procesos escritos; el abordaje de la problemática de la oficina judicial como soporte de la actividad jurisdiccional; la instalación de tecnologías más modernas en la justicia y la conclusión del proceso en el menor tiempo posible, mejorando así notablemente, los principios de inmediación de celeridad. Celebramos las nuevas propuestas normativas modificatorias del actual CPCCN, sin embargo al fomentarse la oralidad y el empleo de medios electrónicos para el desarrollo y presentación de escritos judiciales, no se ha tenido en cuenta la nueva realidad social y las

novedades tecnológicas para la celebración de actos jurídicos. ¿De qué modo se puede obtener información almacenada electrónicamente para que tenga validez jurídica? ¿El codificador ampara a quienes pretenden obtenerla anticipadamente dado su extrema maleabilidad? Estas son algunas cuestiones que trataremos en los siguientes acápite.

3. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPLICANCIA EN EL ÁMBITO JURIDICO

La información y el conocimiento tienen un papel central en la sociedad actual. La creación, distribución y acceso a la información son consecuencias directas de las TICs (Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación). Las TICs son *el conjunto de nuevos recursos, procedimientos y técnicas usadas en el procesamiento, almacenamiento y transmisión de información*³, cuya influencia repercute en el modo de desenvolvimiento de quienes integramos la sociedad moderna. La sociedad de la información cuyo antecedente directo fue la sociedad industrial (siglos XVIII y XIX) se refiere a la capacidad tecnológica- en completo auge- para almacenar información y posibilitar su circulación y por consiguiente, una mayor difusión.

El avance social y cultural trae aparejado necesariamente constantes mutaciones sociales y jurídicas. El derecho, como hecho social, debe adaptarse a las nuevas necesidades sociales, estar en constante actualización, para no incurrir en normas obsoletas de nula aplicación. El dinamismo propio de las ciencias jurídicas no debe confundirse como la poca estabilidad de un sistema jurídico. Por el contrario, todo ordenamiento debe ser capaz de contar con herramientas necesarias para satisfacer necesidades sociales, siempre en pos de la justicia. Recordando el carácter previsor del derecho, podemos establecer que el mismo debe realizar un análisis *a priori* de la posibilidad de que se produzcan determinados hechos o actos cuyas consecuencias debe regular. Toda norma jurídica implica una formulación de juicios hipotéticos, cuya realización ha de generar

³FERNANDEZ DELPECH, Horacio (2014). *Manual de Derecho Informático- 1ra ed.* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, pág. 11.

consecuencias jurídicas. Por lo tanto, es el hombre el aspecto directriz del derecho, sin cuya existencia no sería viable.

El sistema jurídico debe amoldarse tanto en su aspecto de fondo y - como en el caso que nos compete en esta ocasión- en el de forma. Las normas procesales, necesariamente deben encontrar un fundamento normativo de fondo que actúe de correlato. Sin embargo, los grandes cambios sociales no encuentran su regulación jurídica en la actualidad a nivel normativo.

Trascendentes son las problemáticas que giran en torno a la ausencia de regulación específica en cuanto a la aplicabilidad y valor probatorio de cuestiones que surgen del empleo de las TICs

La informatización, el empleo masivo de internet y de aplicaciones de los celulares inteligentes como medio de comunicación actual y marco generativo de vínculos jurídicos requiere atención de los legisladores y operadores jurídicos.

3.1 EL FACTOR SOCIAL Y EL INTERNET

Según la RAE, Internet es una *red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*. Surge de la contracción de Inter-Network (entre redes) y tuvo su origen y desarrollo en los Estados Unidos en la segunda mitad del Siglo XX. Se constituye como una red de redes de ordenadores instaladas en diferentes partes del mundo e interconectadas entre sí, permitiendo el intercambio de información entre los ordenadores conectados a esa red.

El fenómeno del internet posibilita una amplia gama de vínculos jurídicos por vía informática, dejando lentamente de lado el empleo masivo del papel, y a su vez de relaciones inter-personales de manera presencial. El avance mundial de las intercomunicaciones tiene su implicancia en el sector social, y se refleja en el uso –cada vez más masivo- de internet.

El ciberespacio elimina la brecha de tiempo y distancia, que casi se ve desdibujada, permitiendo la generación de vínculos interjurisdiccionales que plantean la necesidad de la existencia de institutos protectores.

En la actualidad, las redes sociales son medios de representación de estructuras sociales y constituyen una *nueva modalidad de estructura social de plataforma informática que permite a los usuarios interrelacionarse, intercambiando todo tipo de contenidos digitales*⁴. Estos contenidos digitales podrán constituir elementos probatorios de determinadas circunstancias de hecho y derecho. Sin embargo, **¿El ordenamiento jurídico procesal se encuentra apto ante la existencia de estos nuevos elementos del ciberespacio? ¿Existen estructuras judiciales especializadas?**

3.2 EL ROL DE LOS MEDIOS PROBATORIOS INFORMATIZADOS EN LA ACTUALIDAD

Los nuevos avances tecnológicos y los medios en los que los ciudadanos se valen para interrelacionarse, los llevan a un estado de indefensión, si se tiene en cuenta de que *incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer* – art. 377 CPCCN. Este principio probatorio trae aparejado la contratación de peritos informáticos -en el caso que no se cuente con un beneficio de litigar sin gastos- para constituir la prueba antes de interponer la demanda.

En la actualidad, las nuevas tecnologías traen aparejadas complicaciones a la hora de incorporar en un proceso judicial los actos resultantes por medio de las mismas. Se requiere constancia notarial de las conversaciones, imágenes y comentarios por la red, y con respecto a los e-mails, en principio valen solo como principio de prueba por escrito que debe corroborarse con otras probanzas si cumplen con los requisitos de firma digital (Ley 25506).

Los avances de la sociedad y de sus hábitos a la hora de llevar a cabo relaciones interpersonales, dan origen a la diversidad de nuevos medios probatorios informatizados cuya recepción aún no ha sido generalizada a nivel procesal. La normativa procesal, a medida del paso del tiempo, se cristaliza resultando obsoleta para las nuevas necesidades sociales. El codificador no ha contemplado regulaciones con respecto a la obtención de

⁴RODRIGUEZ HAUSCHILDT, Victoria M. M. (2014). Las redes sociales y su incidencia en la sociedad actual. *Aequitas Año VIII- Número 8*, pág. 140.

estos medios probatorios, siendo un gran error su omisión; más aun teniendo en consideración el uso masivo de las tecnologías y las múltiples variaciones en las que puede derivar un determinado acto de un sujeto. A su vez, la ausencia regulativa desprotege a quien pretende valerse de ellas, ya que se trata de medios ampliamente manipulables y modificables. Ya no nos encontramos ante una realidad puramente plasmada en documentos escritos y en papel, cuya maleabilidad no resulta tan manifiesta e inmediata como ocurre con los medios probatorios informáticos.

4. EL INSTITUTO DEL DISCOVERY APLICADO A LA OBTENCIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS INFORMATIZADOS

Habiendo realizado una breve reseña de las actuales conductas sociales y su implicancia a nivel jurídico y a su vez, enfatizando los puntos característicos del sistema del *hardlaw* y el *softlaw*, comenzaremos a plantear el tema central de la presente ponencia.

Formularemos nuestra propuesta con respecto a la viabilidad de la inclusión del instituto del e-Discovery en la legislación procesal Argentina, cuya principal aplicación será con la finalidad de la obtención de medios probatorios informáticos de manera previa al inicio del proceso judicial.

4.1 ¿QUE ES EL DISCOVERY?

El Discovery es un procedimiento a través del cual cada una de las partes-con intereses contrapuestos tiene la posibilidad de obtener información de las otras, con la finalidad de especificar sus posiciones y recopilar medios probatorios. Dicha recopilación previa al juicio faculta a las partes a poder alcanzar una solución pacífica de la controversia por vía extrajudicial, para de esta manera, poder evitar un proceso judicial. El requerimiento probatorio efectuado por ambas partes demuestra la colaboración procesal reinante entre las mismas, aun cuando puedan resultar desfavorables dichos medios probatorios. De esta manera, se elimina el elemento sorpresa. La buena fe es un principio propio del pre-trial tendiente a impedir la obstaculización de la potencial contraparte.

Se trata de un instituto propio del derecho anglosajón, y más particularmente

del derecho procesal de los Estados Unidos. Se encuentra regulado en las **RULES 26 A 37 de The Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)**, teniendo gran relevancia en nuestra ponencia la Rule 34 al ser enmendada al incluir el descubrimiento electrónico. La FRCP establece entre sus principios básicos la comunicación directa entre las partes, sin perjuicio de la intervención judicial para la resolución de una cuestión contenciosa, para impedir conductas dilatorias y en general, ante la imposibilidad de que las partes puedan, por si solas, alcanzar un acuerdo.

El Discovery se compone de dos mecanismos de gran envergadura:

- **APORTACION DOCUMENTAL**, cuyo límite se encuentra en materias amparadas por el privilegio (ya sea comunicaciones con abogados, medico paciente entre otras). La negativa a la aportación puede ser objeto de una ***Motion to compel***.
- **DEPOSITIONS**, se tratan de testimonios orales extrajudiciales, bajo juramento y sin presencia del juez. Se faculta a preguntar y repreguntar.

El discovery permite que cada una de las partes pueda obtener, antes del juicio, información de la otra; debe aportar la prueba documental y suministrar la información requerida por la contraria. También pueden interrogar a la contraria y a testigos, bajo juramento y sin la presencia del juez. Están facultadas para formular preguntas y repreguntas, registrándose las actuaciones para ser acompañadas en el juicio. El sistema se caracteriza por ser muy dinámico y flexible⁵. Hay que tener en cuenta que el deber de preservar evidencia nace cuando una de las partes percibe que la evidencia es relevante a los fines probatorios, o cuando la parte debió haber sabido que la evidencia podía ser relevante para más adelante.

4.2 EL E-DISCOVERY: EL DESCUBRIMIENTO INFORMATICO

El descubrimiento informático o E- DISCOVERY es un proceso mediante el cual se buscan, localizan, aseguran y examinan datos electrónicos con la

⁵**ARAZI, Roland** (2018), ¿El discovery en el derecho argentino?, *FUNDESI*. <http://fundesi.com.ar/el-discovery-en-el-derecho-argentino/>

intención de emplearlos eventualmente en una contienda civil o penal. En la presente ponencia dejaremos de lado el ámbito penal, para adentrarnos en la cuestión procesal civil.

Constituye una especie del genero Discovery, que en la legislación estadounidense ha tenido su inclusión en la FRCP en el año 2005 y luego en 2015, tras de la adecuación de la normativa jurídica procesal a las nuevas necesidades y realidades sociales. Específicamente, tras realizar un análisis de dicha normativa, podemos dar cuenta que en una serie de Rules (1, 16, 26, 34, 37) se trata la temática del E- Discovery, siendo la RULE 34 la central⁶.

La Regla 34 (Rule 34) se refiere a la producción de documentos, información almacenada electrónicamente y evaluación de cosas tangibles, o el ingreso a propiedad de la parte contraria, para una inspección u otros propósitos.

Esta regla establece, en general que cualquiera de las partes debe estar al requerimiento de la contraria dentro del alcance de la Rule 26(b), que se refiere a qué procedimientos están exentos del ***“Inicial Disclosure”*** (revelación inicial), para:

a. Permitir a la contraria o a su representante inspeccionar, copiar, evaluar, o tomar una muestra de los siguientes elementos, que estén en poder de la parte; estos elementos son:

I. Determinados documentos o información almacenada de forma electrónica (incluyendo escritos, dibujos, gráficos, tablas, fotografías, grabaciones, imágenes o cualquier complicación de información almacenada en cualquier medio, del cual la misma pudiese ser obtenida de forma directa o, de ser necesario, mediante una adaptación por parte del requerido, para que la misma pueda ser usada.

II. Cualquier objeto tangible, o

⁶EXTERRO - E-Discovery and Legal Software, www.exterro.com/basics-of-e-discovery/e-discovery-process/. 26 de marzo de 2019.

b. Para permitir el acceso o la entrada a una determinada tierra o a cualquier propiedad bajo el poder o control de la parte requerida, para que el requirente pueda inspeccionar, medir, fotografiar, evaluar o tomar muestras de la propiedad o cualquier otro objeto determinado.

Para poder llevar a cabo la evaluación de estos documentos, que por lo general suelen ser muchos, se utiliza un asistente de revisión de tecnología, denominado “Technology-assisted review (TAR)” y se trata de un software que clasifica documentos, basándose en información que tiene sobre diferentes expertos, con el objeto de acelerar los procesos de recolección de información y documentos. Este software reduce sobremanera el tiempo y el costo de la revisión de la información almacenada electrónicamente, no siendo ya necesaria la colaboración de muchas personas.

Cualquier información almacenada en un medio electrónico puede ser objeto del E-Discovery. Este tipo de almacenamiento incluye a modo enunciativo:

- email
- fotos
- videos
- datos almacenados en Smartphones
- archivos de Word, Excel, Power Point, etc.
- aplicaciones
- cookies, Cachés
- mensajes de voz
- audios
- lo que los investigadores forenses estadounidenses llaman “**Raw Data**”, que se utiliza cuando se está en búsqueda de evidencia oculta.

La legislación de EE. UU pudo, gracias a su dinamismo, *aggiornarse* con la realidad social e incluir terminología adecuada, para eliminar la incertidumbre con respecto al alcance de la información electrónica. Para ello, se incorporó una forma más estructurada de prevenir y resolver

disputas al regir la forma de producción y requerir especificidad y puntualidad en las solicitudes (y objeciones).

5. MODO DE INCLUSIÓN DEL E-DISCOVERY

Tras un análisis de modo de empleo del E- Discovery en la legislación estadounidense, desde la presente ponencia proponemos su inclusión a la legislación procesal argentina. No obstante la diversidad de los sistemas jurídicos procesales en pugna –commonlaw y nuestro sistema romanístico- creemos que la inclusión, claramente adaptada a nuestro tradicional sistema, traerá aparejado un cambio paradigmático que promoverá un mejor acceso a la justicia y a su vez, la posibilidad de evitar litigios arduos y costosos.

¿Dequé manera se incluirá? ¿Será puramente un copia exacta de lo desarrollado en los Estados Unidos? ¿Podremos adaptarnos como sistema jurisdiccional a este método anglosajón?, ¿Los auxiliares de justicia están preparados para aggiornarse a la nueva realidad tecnológica que engloba la sociedad actual? ¿Estamos dispuestos a la búsqueda probatoria extrajudicial en pos de evitar litigios? Estos son unos de los tantos interrogantes que se suscitan ante la propuesta de incluir este instituto anglosajón

5.1 ¿CUÁLES SON LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA IMPLEMENTACIÓN EN LA ARGENTINA?: EL ROL DE LOS AUXILIARES DE JUSTICIA

The digital world is here to stay. The courts that embrace it will lead the way⁷

La inclusión del E- Discovery en nuestra legislación implicaría una ruptura tradicionalista romanística, pero netamente necesaria ante las nuevas realidades sociales emergentes. El rol de los auxiliares de justicia ya no será el mismo, ya que va a mediar una etapa previa al proceso judicial, en donde

⁷Institute for the Advancement of the American Legal System (IAALS) - University of Denver (2012). *Navigating the hazards of e-discovery: a manual for judges in state courts across the nation. Second edition.* Denver, pág. 30.

las partes-con sus respectivos letrados- deberán recolectar todo aquel medio probatorio informático que sirva de sustento para su pretensión.

Los abogados tendrán que agudizar su labor a la hora de recolectar material probatorio y capacitarse con respecto a las múltiples vías informáticas en que un determinado acto jurídico pueda plasmarse. Deberán **mantenerse al tanto de los cambios en la ley y su práctica, incluidos los beneficios y riesgos asociados con la tecnología relevante**. Sin embargo, **¿Sólo los abogados deben capacitarse?** Claramente, no. Los jueces, aquellos terceros imparciales, deberán estar al tanto de las novedades tecnológicas, ya que aunque su participación previa al proceso judicial no ostenta una gran complicación, diversa es la circunstancia en el caso que no se haya podido evitar el litigio vía judicial. En este caso, el juez deberá ponderar la pertinencia o no de los medios probatorios informatizados, incluirlos o no en el expediente y por ultimo realizar la valoración que corresponda de acuerdo a su sana critica.

No obstante el gran avance de su potencial inclusión, trae aparejado la necesidad de un despliegue económico más elevado que el actual, ya que en el mundo de la información almacenada electrónicamente (ESI - electronically stored information) los costos del mantenimiento, revisión y producción de la misma pueden ser muy elevados. Por ello, resulta excluyente que la solicitud de producción de esta prueba encuentre su fundamento en una necesidad real de quien la peticiona para no incurrir no solo en violaciones a la intimidad sino en elevados costos. La petición de información almacenada electrónicamente de años atrás, puede constituir en engorrosa su obtención y demás procesamiento, por ello siempre se requiere justificar su necesidad planteando que hechos controvertidos se pretenden probar.

La pugna de derechos constitucionales es otra cuestión a resolver, más aun cuando nos encontramos ante el derecho de defensa en juicio y a su vez, la privacidad e intimidad de a quien se le peticiona información almacenada electrónicamente. Es muy fino el límite entre el abuso del derecho, sin embargo, se debe conciliar un punto de conexión entre ambos, que permita

la adaptación a las nuevas realidades y a su vez, permitir la colaboración procesal.

El cambio de mentalidad debe ser objeto de los abogados, partes y jueces, para que la modernización pueda desarrollarse plenamente. Será netamente en vano las nuevas realidades tecnológicas, si no media voluntad de *aggiornarse* a dichas circunstancias. Modificar el código procesal sin voluntad de los operadores jurídicos para su adaptación, será completamente inútil.⁸

5.2 ¿ES POSIBLE LA INCLUSIÓN DEL E-DISCOVERY EN EL CPCCN COMO UNA ESPECIE DE PRUEBA ANTICIPADA?

El instituto de prueba anticipada se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico procesal en los art 326 y siguientes, al establecer que **los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes:**

- 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país.**
- 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares.**
- 3) Pedido de informes.**
- 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325.**

La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado.

Podemos dar cuenta que importa un adelanto de la producción de ciertos medios probatorios, en una etapa que no es propia, con fundamento en su eventual desaparición o en su dificultosa producción posterior. Lo característico es su carácter excepcional y preventivo que, en la actualidad, solo se circunscribe ante la existencia de los supuestos antedichos.

⁸**MORELLO, Augusto M. y KAMINKER, Mario E**(1994). *La colaboración en el proceso civil (Comunidad de esfuerzos)*. Buenos Aires: E.D.157-894.

La realidad actual, demuestra la gran limitación y avaricia de los supuestos, resultando necesaria la readaptación, para que no solo se haga lugar a la producción anticipada ante imposibilidad o **difícil** producción.

En las Bases del nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el programa **Justicia 2020**⁹ ha planteado la necesidad de la posible inclusión de una especie de “Discovery”. Hacemos hincapié, en la inclusión limitada a la costumbre de raigambre romanística que nos caracteriza, pero con la intención de que la producción anticipada permita decidir la cuestión litigiosa, facilitando una autocomposición de las partes evitando la vía judicial. Y en el caso de no alcanzar un acuerdo, contar de antemano con medios probatorios de gran importancia para el desarrollo del proceso judicial.

Específicamente la inclusión del E- Discovery como especie del Discovery plasmaría dicha idea en el ámbito de la búsqueda y obtención de información almacenada electrónicamente, la cual como desarrollamos, es ampliamente maleable y de uso masivo. La extrajudicialidad de la obtención es la novedad a incluir en el codificador, en donde todas las cuestiones probatorias siempre se desarrollan en el marco de un proceso judicial, con intervención activa del juez. Permitir el “descubrimiento” extrajudicial de los medios probatorios informatizados implica la cooperación y buena fe, principios rectores del proceso yespecíficamente en laobtención de medios probatorios.

6. PROPUESTA: PRUEBA ANTICIPADA DE INFORMACIÓN ALMACENADA ELECTRONICAMENTE

Como corolario de nuestra exposición, plantearemos nuestra propuesta consistente en la inclusión de lo que llamaremos **“Prueba Anticipada de información almacenada electrónicamente”**.

Creemos firmemente que un sistema de avanzada tal como el E-Discovery puede ser aplicado en la República, siempre y cuando se contemplen ciertas

⁹MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN (2017), *Bases para la reforma procesal civil y comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAJJ, pág. 47-48

modificaciones y adaptaciones a nuestro ordenamiento procesal, dado la existencia de diferencias tratadas en el acápite 1.

Para ello, resulta necesaria una ampliación del art 326 del CPCCN, incluyendo para ellos normas complementarias.

En esa inteligencia, tendríamos el **ART 326 BIS** que establece cuáles son los formatos de información comprendida al hablar de almacenamiento electrónico, remarcando su carácter meramente enunciativo, fomentando la amplitud de dispositivos en que puede estar contenida dicha información. A su vez, dicho carácter permitirá, mantener vigente dicha normativa ante las eventuales nuevas incorporaciones tecnológicas a través del paso del tiempo.

“Artículo 326 bis. Información almacenada electrónicamente (IAE). Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento podrán solicitar la producción anticipada de los siguientes medios probatorios que contengan información creada, manipulada, comunicada, utilizada y almacenada en forma digital.

a. Documentos o información almacenada en dispositivos celulares.

b. Email

c. Fotos, videos, audios, mensajes de voz

d. Archivos de Word, Excel, Power Point

e. Contenido de aplicaciones de smartphones y de computadoras

f. Cookies, Cachés, favoritos

g. Cualquier otra información contenida en un formato electrónico.”

Por otro lado, el **ART 326 TER** que establecería los requisitos para solicitar la prueba anticipada almacenada electrónicamente. Ambas partes pueden solicitarla.

“Artículo 326 ter. Pedido de prueba anticipada. Requisitos. La solicitud de producción anticipada de información almacenada electrónicamente se hará por escrito y contendrá el nombre de la parte contraria, domicilio si se conociere y especialmente:

a. Debe describir en forma pormenorizada cada elemento o categoría de elementos a inspeccionar.

b. Debe determinar el tiempo, lugar y la forma para la inspección y para la realización de todos los actos relacionados con ella; y

c. Debe establecer el fundamento de su petición, delimitando la necesidad de producción de cada una de las categorías solicitadas.

El juez, de oficio, podrá desestimar cualquiera de ellas ante la falta de fundamentación”.

El **ART 326 QUATER** contendrá el procedimiento a seguir tras la solicitud de producción, incluyendo el trámite de oposiciones y la celebración de una audiencia.

“Artículo 326 quater. Procedimiento. Una vez cumplidos los requisitos del art. 331, el juez resolverá sin más trámite. La resolución será apelable solo si se denegare. La admisión de la solicitud implica la designación de un perito técnicoinformático especializado en las IAE, estará a cargo del solicitante.

A quien le hayan solicitado la producción de prueba anticipada de información almacenada electrónicamente podrá oponerse dentro de los 5 días desde la notificación de la admisión, estableciendo fundadamente para cada elemento o categoría de elementos de los cuales se solicita su inspección los motivos para objetar su realización, permitiendo la inspección del resto.

Vencido el plazo establecido para su producción, o producidas las categorías solicitadas, se citará al solicitante y al solicitado para que en una audiencia, designada de oficio a tal efecto, el juez las invite a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos. La imposibilidad de alcanzar un acuerdo faculta al juez a determinar aquellas categorías producidas que serán incluidas definitivamente en el expediente”.

7. CONCLUSIÓN

Para finalizar con nuestra ponencia, creemos de suma importancia aclarar que el fundamento de las ideas plasmadas en este trabajo nace de nuestra firme creencia, como estudiantes de Abogacía, que la Justicia Argentina tiene mucho más para dar. No solo porque contamos con excelentes profesionales del derecho, sino porque nuestro sistema es lo suficientemente flexible como para incorporar nuevas normas que se adecuen a la sobreviniente realidad.

El Discovery, y más específicamente el E-Discovery es un excelente instituto por medio del cual se puede lograr una mejor efectivización de la justicia. Las tecnologías, junto con la era digital en general llegó para quedarse, y para continuar expandiéndose aún más (recordemos los Smart Contracts, que permiten la realización de contratos por medio de software), por eso es de fundamental importancia la adaptación del ordenamiento a este nuevo marco social.

Lo que se pretende mediante la aplicación del E-Discovery en nuestra legislación es agilizar los procesos y, a su vez evitar posibles litigios, aliviando el colapso de nuestros tribunales. Este instituto es entonces, desde el punto de vista de dos jóvenes estudiantes, una de las grandes herramientas para lograr la desjudicialización de cuestiones litigiosas.

En pos de procurar la buena fe que debe reinar en el ordenamiento jurídico, no cabe la menor duda de que la incorporación del E-Discovery (y consecuentemente, el Discovery) va a contribuir a un sinceramiento y transparencia del obrar de las partes y terceros dentro del ámbito de la Jurisdicción. Sin embargo, *¿estaremos preparados como sociedad y como profesionales del derecho para este cambio?*