

### **LA PRUEBA ANTICIPADA Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

*Alguien pidió a la justicia que ordenara preservar mensajes intercambiados a través de una red social para usarlos luego como prueba.*

Atilio tenía sus oficinas en un edificio del centro de Buenos Aires, sobre la mismísima Avenida Corrientes. Aunque todos los copropietarios eran profesionales serios y respetables, las relaciones entre ellos parecen haber sido bastante tormentosas.

Bajo el sistema legal argentino, cuando la propiedad de un edificio se halla dividida entre los titulares de distintas unidades (pisos o departamentos), todos ellos conforman (a veces a contrapelo y rara vez en pacífica convivencia) una entidad con vida jurídica propia llamada “consorcio de propiedad horizontal”, en el que cada uno participa en su carácter de condómino. Las decisiones que adoptan los copropietarios en asamblea (dentro de los recaudos que exige la ley) tienen efecto obligatorio para todos.

El 18 de noviembre de 2020 en el edificio de Atilio se realizó una importante asamblea cuyo resultado no fue de su gusto. Tanto así que decidió pedir en los tribunales la nulidad de esa asamblea.

Como los copropietarios, además de estar vinculados legalmente entre sí por el hecho de ser condóminos, habían conformado un grupo de Whatsapp que les permitía estar intercomunicados y decirse cuanto pensaban

unos de otros sin pelos en la lengua, desde mucho antes de la asamblea se cruzaron mensajes entre ellos en los que cada uno expuso, a veces con inusitada vehemencia, su respectivo punto de vista. Los mensajes se habían sucedido frenéticamente y con creciente nivel de agresividad.

Atilio, hombre prudente, pensó que esos mensajes cruzados con sus condóminos podrían resultar útiles para su futuro pleito contra los convecinos que votaron en su contra en la asamblea.

Para asegurarse tener a la mano todas las pruebas que podía verse obligado a esgrimir en el pleito, solicitó a la justicia, antes de plantear formalmente el conflicto, que un funcionario judicial certificara “la existencia del grupo de Whatsapp del consorcio, sus integrantes, respectivos números [de teléfono], administradores y autenticidad y contenido de los mensajes existentes en el grupo relacionados con la asamblea del 18 de noviembre, las decisiones adoptadas y sus efectos”.

Según Atilio, “la anticipada producción de la prueba resultaba necesaria pues [los mensajes de Whatsapp] pueden ser borrados intencionalmente o ser excluido del grupo —al

conocerse su accionar— o por cuestiones fortuitas inherentes al sistema de Whatsapp, tales elementos pueden desaparecer o tornarse inaccesibles”.

Atilio se apoyó en una disposición del Código Procesal según la cual “los que sean o vayan a ser parte de un [pleito] 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: (a) declaración de algún testigo de muy avanzada edad o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país; (b) reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares; (c) pedido de informes; y (d) exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión”.

Además, Atilio citó en su favor un precedente judicial en el cual los jueces autorizaron el secuestro de una cámara de vigilancia para permitir a un futuro litigante usar como prueba las grabaciones contenidas en ella.

Para su sorpresa, el 29 de diciembre el juez se negó a llevar adelante esa certificación. Atilio apeló. El 26 de febrero, la Cámara de Apelaciones resolvió la cuestión<sup>1</sup>.

Los jueces dijeron no compartir los fundamentos en que se asentó la crítica de Atilio, porque “la ejecución de prueba fuera del proceso al que está destinada es de excepción y, como tal, de interpretación estricta. De ahí que su admisibilidad requiere la de-

---

<sup>1</sup> In re “Siutti, A. c. Consorcio de Propietarios de la Av. Corrientes 781” CNCiv (H) 26 febrero 2021; *ElDial.com* AAC28B

mostración de los “motivos justificados” que hagan temer que su producción pueda resultar “imposible o muy dificultosa en el período de prueba”.

Según los jueces “es preciso que el interesado alegue y lleve a quien ha de juzgar a la convicción de su *necesariedad*” —palabra inexistente en la lengua castellana, que seguramente quiere decir lo mismo que “necesidad”, pero como suena difícil luce más adecuada al lenguaje judicial—, “para lo cual se requiere que [el interesado] afirme que es la única manera en que podrá probarse en forma fehaciente el hecho, y que si se deja para más adelante su producción no será posible”.

Para el tribunal, esos requisitos “no pueden considerarse satisfechos con el relato contenido en el escrito de inicio y en el memorial de agravios, donde lo que [se] requiere —en realidad— es una actividad jurisdiccional tendiente a certificar constancias digitales con las que actualmente cuenta el interesado”. En otras palabras: lo que pedía Atilio (que un funcionario certificara lo que aparecía como diálogo dentro del grupo de Whatsapp) *ya estaba en su poder*.

Más aun: según los jueces, era el propio Atilio, como miembro del grupo de Whatsapp, quien, *por sí mismo* (con la ayuda de un escribano o notario) podía tomar los pasos más adecuados para preservar la información que tenía consigo.

Los jueces dijeron eso mismo de esta manera: “no se configuran los aludidos requisitos de admisibilidad, dado que hallándose el peticionario como integrante del grupo de Whatsapp, los temores respecto a la pérdida de esa información no pueden ser paliados por la actividad jurisdiccional, sino que es el propio interesado quien debe prever su resguardo mediante el servicio de certificación

o almacenamiento que estime necesario, pero que en la actualidad nada indica que esa tarea deba ser cumplida mediante el servicio de justicia”.

“En otras palabras —continuaron los jueces—, la conservación de la prueba indicada no amerita —en este caso— la intervención judicial pretendida, dado que [el propio Atilio] es quien debe proceder con los recaudos que considere necesarios a los fines que estime pertinentes”.

La Cámara repitió sus consideraciones de modo poco comprensible, no por falta de lógica interna sino por estar redactadas con notable oscuridad. Va un ejemplo: “Por cierto, que no es cuestión de señalar la necesidad de asegurar la integridad y conservación del contenido del grupo de Whatsapp, sino de la carga que pesa sobre el peticionario en acercar la prueba, cuestión esta que, contrariamente a lo apuntado en el memorial, recae en la actividad del interesado y no en este servicio de justicia”.

Con algo más de claridad, los jueces rechazaron asimilar los mensajes de Whatsapp a los almacenados por una cámara de seguridad. La comparación “no resulta aplicable —ni por analogía— a la cuestión aquí planteada”, básicamente porque, en el caso citado por Atilio, esa cámara de seguridad no se encontraba en poder del litigante (como sí era el caso de los mensajes almacenados en el teléfono de Atilio) y porque lo que se ordenó entonces fue un secuestro, “y no una certificación de mensajes de Whatsapp”.

Con buen tino, los jueces dijeron que lo que Atilio debía hacer era que un escribano o notario transcribiera y certificara los mensajes almacenados en su teléfono.

Para ser totalmente sinceros, eso es lo que *creemos* que dijo la Cámara, porque en su

sentencia escribió lo siguiente: “En ese mismo orden de ideas, tampoco debe soslayarse que la queja pasa porque el apelante entiende que no existen los elementos tecnológicos y herramientas que le permitan adjuntar la prueba en la oportunidad procesal pertinente; cuando es sabido que la certificación por secretaría obedece a la actividad jurisdiccional a partir de elementos incorporados o que resultan del expediente, pero no es la única vía para esa actividad, dado que ello en la esfera privada recae en la actividad notarial que reviste —por lo tanto— otro medio a su alcance para cristalizar la prueba”.

El tribunal citó en apoyo de su posición otro caso “donde —tal como sucede en la especie— el actor siquiera manifestó no poder hacerse cargo de los gastos que ello pudiera demandar. Así, la simple negativa de la existencia de otros medios para cumplir el cometido que pretende sea llevado a cabo por el servicio de justicia, no se erige como la crítica razonada necesaria para constituirse en agravio que amerite pronunciamiento”.

Imaginamos que lo que la Cámara quiso decir (y que nuestra débil corteza cerebral no llega a entender del todo) es que si al menos Atilio hubiera agregado el argumento de no tener fondos para pagar un escribano la solución habría sido diferente.

Los jueces concluyeron que “lo expuesto [por ellos mismos] era demostrativo de la insuficiencia de la argumentación recursiva intentada, lo que sella la suerte del recurso y determina que la resolución que fue su objeto sea confirmada pues, se insiste, no hay razones para anticipar la producción de la prueba en cuestión del modo que se pretende”.

Más allá de que la Cámara tenga razón, se trata de un lindo argumento circular: “los argumentos de Atilio son insuficientes por-

que nosotros ya dijimos que son insuficientes”.

Por consiguiente, se confirmó el fallo anterior: no es necesario que un funcionario judicial certifique hechos o circunstancias que ya están en poder de quien los quiere utilizar en un pleito posterior.

El caso está bien resuelto (y la sentencia mal redactada).

El Filosofito (que nos lee en borrador) agrega que debe reconocerse que los jueces sabían más acerca de cómo funciona WhatsApp que el abogado de Atilio.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**