

5 de julio de 2022

**INJURIAS EN FACEBOOK:
LAS FUENTES PROBATORIAS DE NATURALEZA ELECTRÓNICA**

Una notable dosis de realismo judicial.

Carlos era el administrador de una estación municipal de radio en una importante ciudad de la Provincia de Entre Ríos.

La honestidad de su gestión fue puesta en duda en un grupo de Facebook (que el propio Carlos integraba), creado y administrado por Gustavo, en términos injuriosos.

Carlos llamó a un escribano (notario) que entró en la página del grupo y dejó constancia de lo que leyó allí. Con esa prueba, Carlos demandó a Gustavo.

La discusión versó acerca de si efectivamente existió la publicación que Carlos, como demandante, imputó a Gustavo y, en su caso, cuáles eran sus consecuencias. Gustavo, por su parte, negó rotundamente ser el autor de dicha publicación.

La cuestión tenía sus bemoles: en primera y en segunda instancia se hizo mención a que en el caso de publicaciones en una red social “deben tenerse en cuenta particularidades que no revisten otro tipo de publicaciones” (como las de los diarios) “en las cuales se ejerce un debido control en lo que a su autoría se refiere”.

Según los jueces, “a diferencia de lo que sucede con las opiniones vertidas por periodistas o ciudadanos en un medio informativo, las manifestaciones en las redes sociales carecen de un debido control y, de tal suerte, se encuentran más permeables a la posible configuración de posteos (injuriantes o no) realizados a través de ‘perfiles truchos’¹ contruidos al efecto, a la sustracción de identidad, al hackeo de cuentas, etc”.

Pero para ellos “esas circunstancias no implican un alejamiento del principio clásico de las cargas probatorias, por el cual quien alega la existencia de un hecho debe acreditar el presupuesto de hecho de las normas que invocare como fundamento de su pretensión”. (Dicho en lenguaje más breve y amigable: quien alega algo debe probarlo).

Como se entendió que Carlos no había logrado demostrar que Gustavo era el autor de esa publicación injuriosa, se rechazó la demanda.

¹ “Trucho” es un adjetivo usado coloquialmente en la Argentina y el Uruguay con el significado de falso o fraudulento.

Como argumento adicional, las instancias inferiores indicaron que el acta notarial acompañada por Carlos era insuficiente como prueba: en efecto, ésta sólo constataba la existencia de una publicación en el día y a la hora en que se la labró y “la apariencia externa de un documento digital”, *pero no “aquellos datos intrínsecos que hacen a la autenticidad del instrumento”*.

“Para que los datos constatados por el escribano tuvieran valor probatorio debió garantizarse su autenticidad, que el contenido fuera fiel y completo con relación a las menciones que constan, sin posibilidad de alteraciones y que el documento pudiera preservarse en su estabilidad y perdurabilidad”.

En otras palabras, la prueba de Carlos demostraba *la existencia* de un posteo en un momento determinado, *pero nada más*. Faltaó demostrar que “el demandado fue el autor de la publicación en cuestión” y que administrara el sitio en la época de la publicación.

La Cámara de Apelaciones, por mayoría, concluyó que “para poder atribuir autoría a una publicación digital, no basta con certificar externamente el nombre de quien aparece realizándola, sino que tal circunstancia necesita la comprobación mediante el análisis del IP del dispositivo de donde se realizó la publicación, el rastreo de la actividad en la web de determinado usuario, etc. Y para certificar la autenticidad de un sitio o página web determinada, no basta la impresión de pantalla sino que es necesario el relevamiento idóneo de la URL de la página web en donde se realizó la publicación y, en su caso, verificar los propietarios o integrantes de ese sitio, entre otras medidas”.

“Antes de iniciar el andamiaje judicial, [Carlos] debió llevar adelante ciertas tareas de investigación forense, tendientes a clari-

ficar el escenario probatorio. Los medios de prueba analizados resultaron insuficientes para calificar de veraz y atribuir la autoría de la publicación al demandado, lo que revela que el actor incumplió con la carga probatoria que pesaba sobre él y, de tal suerte, le impidió acreditar los presupuestos de hecho sobre los que basó su pretensión”.

Ante su derrota en primera y segunda instancia, en octubre de 2021 Carlos recurrió al Superior Tribunal de Justicia de su provincia (la más alta corte de Entre Ríos)².

Éste entendió que en el caso “se encontraban en pugna derechos con raigambre constitucional; en efecto, por un lado el derecho a la libertad de expresión y por el otro, se conjugan derechos a la intimidad, al honor y a la imagen”. Y “cuando las normas constitucionales entran en colisión no existe un necesario rango de jerarquía entre ellas, sino que corresponde armonizarlas”.

“Dicha armonización –agregó– prescinde de reglas rígidas y su ponderación no será en abstracto, sino que dependerá de cada caso, tomando en consideración las diferentes circunstancias en las que subsume el asunto, evitando generalizaciones no del todo convenientes”.

En opinión del Superior Tribunal, la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por nuestro país “imponen la tutela de la dignidad de la persona frente a toda agresión indebida” y el Código Civil y Comercial “recepta, de manera expresa, el reconocimiento e importancia que revisten en la esfera personal y social los derechos personalísimos”.

² In re G., C.R. c. S., G.S.”, STJ (ER), Sala Civil y Comercial, exp. 8536, 12 abril 2022; *ElDial.com* XXV:5931, 26 abril 2022; AACBC9

Sobre esa base, la corte entrerriana entendió que las instancias anteriores “habían incurrido en un error manifiesto, en tanto condujo a alcanzar una solución incompatible con las constancias objetivas de la causa”.

Para el tribunal, “el hecho de que la difusión de ideas y opiniones encuentre amparo en nuestro ordenamiento no significa que si a través de ellas se vulneran o dañan el honor y la imagen de una persona, esa violación no reciba una protección o reparación ulterior”.

“La libertad de expresión goza de tutela; esta protección tiende a que se publiquen y difundan ideas vedando toda posibilidad de censura previa. Ahora bien, esta salvaguarda no significa impunidad ya que si en esta difusión se vulneran otros derechos personalísimos (honor, imagen, etc.) su autor debe responder por los daños que se irroguen”.

“El ejercicio del derecho a la libre expresión no puede estar sujeto a censura previa, aunque sí a responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley para asegurar el respeto a los derechos de los demás”.

En apoyo de su posición, la corte citó la constitución de la Provincia: “[e]l Estado garantiza la libertad de expresión, creencias y corrientes de pensamiento. La libertad de la palabra escrita o hablada es un derecho asegurado a los habitantes de la Provincia, sin que en ningún caso puedan dictarse medidas preventivas para el uso de esta libertad ni restringirla ni limitarla en manera alguna. Los que abusen de esta libertad serán responsables ante la justicia ordinaria en la forma que lo prescriba la ley”.

La propia corte se preguntó qué sucede cuando las expresiones que se endilgan como lesivas han sido vertidas a través de di-

ferentes plataformas o redes sociales como Facebook.

El tribunal reconoció que “con el devenir de la era digital han surgido también nuevas necesidades probatorias”.

“Uno de los mayores desafíos que se presenta a la hora de probar es la volatilidad de los datos que constan en las diferentes plataformas, [dado que] los contenidos que se suben a la web pueden permanecer de modo accesible para todo público o, luego cambiar su accesibilidad, modificar o mutar su aspecto o bien desaparecer. [Por eso] surge la necesidad de preconstituir prueba a fin de poder demostrar los hechos constitutivos en los que se funda la pretensión”.

La corte sostuvo que “la fugacidad y fragilidad de las fuentes probatorias de origen electrónico hacen que exista un riesgo latente a su desaparición, adulteración o contaminación, antes de llegar a conocimiento del magistrado para su correcta valoración, determinar la autoría-autenticidad, garantizar la integridad y genuinidad del dato que se aportará al proceso, asegurar la estabilidad del dato en cuanto a la dificultad de su hallazgo que puede desaparecer en segundos, impone nuevos procedimientos para su eficaz captación, debiéndose preconstituir prueba la que, luego, se ofrecerá en el proceso”.

Por eso, “*los juristas y magistrados deben hacer verdaderos esfuerzos para intentar, al menos, estar al nivel y receptor los beneficios de tales adelantos tecnológicos en provecho del fin último del proceso, cual es el establecimiento de la verdad jurídica objetiva, en la medida en que humanamente sea posible*”.

El tribunal analizó entonces “la temática de la identidad, en general, y la identidad digital, en particular”.

La primera “reconoce a la persona como un ser que no se limita al dato biológico, sino que se integra con múltiples aspectos: sociales, culturales, demográficos, a partir de los cuales se determina la construcción de su historia y su proyección como un ser único”.

La segunda (la identidad digital) “comprende una concepción más actual y refiere a un ‘mapa dinámico’ basado en la información disponible en Internet sobre una persona o marca (‘huella digital’), así como las percepciones que esta información genera en terceros (‘reputación digital’) La identidad digital es lo que los usuarios hacen en las redes: las palabras e imágenes que usan, los textos y videos que comparte, las opiniones que expresan y también las bromas que hacen”.

Entonces, ¿cómo se puede probar la autenticidad y autoría de un posteo?

Para el tribunal entrerriano, “a diferencia de lo que ocurre con un documento físico, el documento electrónico no habilita a una efectiva identificación de autoría ‘per se’, siendo que solo nos proporcionará datos (metadatos) relativos al dispositivo generador desde el cual se concibió y rubricó dicho instrumento, siendo que será una tarea agregada determinar la identidad real de la persona autora, con lo cual se acrecientan las dificultades”.

Por eso, “una vez identificado un perfil digital (con nombre real o no) no hay dudas que existe una persona y dependerá de la conjunción de diversas circunstancias (actividad en las plataformas, cantidad de amigos o seguidores, información básica, publicaciones, etc.) lo que permitirá establecer una efectiva correspondencia entre la identidad digital y la identidad real”.

Debido a esas “particularidades de este escenario”, –y en esto reside la importancia de esta sentencia– *“el ofrecimiento, producción y ponderación de la prueba deben, necesariamente contemplarse a través de un sistema más permeable; en especial, que tenga como estandarte a los principios procesales y valores vinculados a la cooperación, a la solidaridad y a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva”*.

Con respecto a la prueba existente en el caso, los jueces entendieron que “el acta notarial y las cuarenta y dos hojas certificadas incorporadas a ella eran –sin lugar a dudas– una fuente probatoria cuyo valor resultaba insoslayable”.

Para el Superior Tribunal, no se debía desconocer “la eficacia probatoria del instrumento público en cuestión”, a pesar de la existencia de “ciertos cuestionamientos en torno a algunas debilidades que puedan endilgarse a la tarea notarial”.

En ese instrumento “el escribano constató y pudo certificar una captura de pantalla de un posteo fechado el 2 de marzo de 2018 en un grupo [llamado ASEC] de la plataforma Facebook en el que figura el perfil del demandado, [Gustavo] como su autor y administrador del grupo”.

El tribunal entendió que “a partir de esa publicación, sus lecturas, reacciones, comentarios, réplicas y difusión dieron lugar a la promoción de [la demanda] que, en primer lugar, tuvo en miras la retractación por parte de su promotor y, en subsidio, la reparación de los daños padecidos fundada en la responsabilidad civil que se le atribuye a aquel”.

Por lo tanto, “resulta ineludible determinar el valor que cabe atribuir a las actas notariales en general y, en particular, a la que es

base documental de las presentes actuaciones”.

Según el Código Civil y Comercial, un acta como la acompañada por Carlos “hace plena fe en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal y en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.

“Las actas notariales” –explicaron los jueces– “son documentos que tienen por objeto la comprobación de hechos” y que “se circunscriben a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado; en cuanto a las personas, se circunscriben a su identificación si existe y a dejar constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Esas declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial”.

En conclusión, dijo el Superior Tribunal, “las capturas de pantalla que en copias certificadas se agregaron al acta notarial, merecen ser calificadas como un indicio revelador del hecho descrito en la demanda”.

“En virtud de lo cual” –y ésta fue la clave de la resolución del caso para el Superior Tribunal– *“pesaba en cabeza del demandado desvirtuar ese contenido”*.

Para los jueces, Gustavo *no debió solo negar los hechos que se le atribuían*: “en efecto, ante un cuadro de situación como el que se describe, era esperable que el demandado adoptara otro tipo de conducta, *más solidaria con el proceso*. De allí que una actitud poco cooperativa y hasta casi obstruccionis-

ta, merece ser valorada en cuanto tal. Resulta innegable que, en casos como el que nos ocupa, existe una desigualdad real de oportunidades a la hora de arrimar al proceso el material probatorio necesario para alcanzar la solución definitiva con plena convicción, poniendo especial énfasis en el objetivo en la búsqueda de la verdad jurídica objetiva”.

En este caso, “el dominio y eventual administración y disposición de la información se hallaba en poder de una sola de las partes de la relación procesal. [...] *Es aquí, en el ámbito de la prueba electrónica donde se avizora un escenario más que fecundo para el desarrollo y la proliferación de la teoría de la carga dinámica de la prueba, trasladando el peso de la misma, en caso de corresponder, sobre la parte que en mejores condiciones se encuentra de ingresarla al proceso”*.

Para la corte provincial, “la existencia de desequilibrios entre las partes producto del escenario que precede a la prueba electrónica constituye un fundamento de autoridad para dotar al juez de herramientas necesarias para privilegiar la igualdad de las mismas y afianzar la justicia equilibrando la balanza en supuestos concretos de inexistencia o insuficiencia de elementos de juicio”.

El tribunal dijo que el valor probatorio del acta (limitado a lo que el notario pudo percibir a través de sus sentidos: la existencia de una publicación en una plataforma determinada y con ciertas características ya descritas) no implicaba la autenticidad del posteo. *Pero era un indicio que corroborado con otros permitía inferir la presunción de su autenticidad*.

Según el Superior Tribunal, hubo “otras circunstancias” que permitieron presumir la autenticidad de lo publicado, *que fueron “deficientemente abordadas en la instancia anterior” y que tenían que ver “con la pon-*

deración, principalmente, de la conducta del demandado”.

Para la corte, esa conducta estuvo caracterizada “por la mera negativa”, cuando en realidad el demandado *era quien se encontraba en mejores condiciones* para probar lo necesario para llegar a la verdad de lo ocurrido.

Luego de explicar la diferencia entre las calumnias (la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública) y las injurias (un concepto jurídico más amplio que comprende todo atentando contra el honor de una persona) el tribunal consideró que era suficiente “que la acción del posible responsable tenga idoneidad suficiente para poner en riesgo la reputación de la persona afectada”.

En el caso, la publicación compartida en Facebook no sólo atribuyó a Carlos (definido como “un energúmeno”) valerse de fondos públicos “para hacer burda militancia oficialista disfrazada de periodismo, prohibir voces disidentes al gobierno municipal y copar un medio que debería ser de todos por una facción sectaria y mercenaria” sino también de manejo fraudulento de fondos públicos y de tener “voluntad comprada y conciencia vendida”.

Para el tribunal, “estas expresiones califican, sin mayores dificultades, en los conceptos de injurias y calumnias”. Y como Gustavo no demostró la verdad de los hechos considerados calumniosos, Carlos tenía derecho a una reparación.

El tribunal encontró que Gustavo “se limitó a negar la existencia y autoría de dicha publicación y no asumió una posición tendiente a acreditar la verdad de tales dichos”; por lo tanto, “no se excusó en la eventual veracidad de su imputación como causal de justificación”.

También consideró “que la publicación y difusión de este tipo de contenidos en las redes sociales tiene un impacto y repercusión social muy importante, de modo que se debe desalentar la difusión de ideas que indiquen [a alguien] como responsable de un delito penal sin contar con las pruebas que así lo confirmen, máxime cuando el estado de inocencia es también una garantía constitucional”.

El Superior Tribunal entendió que los comentarios de Gustavo “se entrometieron en la esfera privada del actor, afectando su honor y dignidad”, mientras que “no instó conducta alguna tendiente a acreditar la veracidad del contenido del posteo”.

Para los jueces, “esta liviandad a la hora de generar el posteo ya transcrito demuestra, con grado de evidencia, que [Gustavo] actuó con total desaprensión hacia los derechos personalísimos [de Carlos]”.

Por consiguiente “ha quedado demostrado que el daño fue producto de un acto intencional o, eventualmente, ocasionado con una manifiesta indiferencia por los intereses ajenos. [...] La imputación de haber malversado fondos públicos (y las demás descalificaciones personales vertidas en las redes) ocasionó a [Carlos] un ataque a su honor y reputación, provocándole una aflicción espiritual y un padecimiento extrapatrimonial [...] que debe ser resarcido”.

Por todas esas consideraciones, el Superior Tribunal revocó la decisión de la instancia anterior.

Para los jueces, la sentencia revocada “realizó una errónea y parcial valoración de la prueba aportada al juicio, resultando así arbitraria. La decisión no se condijo con las constancias objetivas de la causa y en especial realizó una equivocada valoración del acta notarial que constató el posteo que dio

motivo al pleito; desatendió las particularidades del caso y realizó en ese contexto una errónea consideración de la conducta procesal de la parte demandada desviándose por dicho conducto del objetivo primordial del proceso *consistente en la búsqueda de la verdad objetiva para dar solución al conflicto*".

En otras palabras, la reticencia de Gustavo le jugó en contra: la corte entrerriana entendió que, antes que dejar que Carlos probara sus puntos de vista en soledad, debió haber

adoptado una actividad probatoria propia, antes que confiarse en la posible debilidad de las pruebas del demandante.

El principio establecido por el tribunal es importante, pero para extenderlo a otras situaciones será necesario un análisis prudente y cuidadoso, *sobre todo para determinar qué cuestiones deberán incluirse en la carga probatoria de cada una de las partes*.

* * *

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.

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