

CONGRESO NACIONAL DE DERECHO PROCESAL

1,2 y 3 de septiembre de 2022

Comisión 1: “Nuevos sistemas de gestión y desarrollo del proceso”

**Tema: “Régimen de peritos y de la prueba pericial. Aspectos orgánicos-
funcionales”**

Autoras: Marina Isabel Acosta, María Victoria Gisvert y Lara Morquecho

Fecha de nacimiento: 9/9/1988 - 24/07/1989 -08/10/1993

Dirección postal: 1900, ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires

Teléfono: 221541-7539

Dirección de correo electrónico: laramorquecho@gmail.com

Breve síntesis de la propuesta: Repensando los desafíos para una nueva justicia, más moderna y eficiente que se adapte a las necesidades de la era actual para sentar las bases de nuevas infraestructuras procesales en lo respectivo a la prueba pericial, propondremos la implementación de Inteligencia Artificial en la producción de la pericia informática, abriendo paso asimismo al concepto de tecnoactivismo como un nuevo rol necesario de los operadores jurídicos para garantizar la tutela judicial efectiva.

Postulación: Las ponentes se postulan para el “Premio A.A.D.P.” y “Premio FUNDESI”

Conclusiones arribadas: La relevancia de la prueba pericial informática en los procesos de conocimiento actuales. La importancia del conocimiento del juez en materia informática, promoviendo el tecnoactivismo con la prueba anticipada informática y la necesidad de incorporar herramientas tecnológicas que favorezcan la celeridad al momento de efectuar pericias logrando la disrupción del proceso judicial.

La disrupción del proceso judicial. Nuevas perspectivas en torno a la pericia informática.

Marina Isabel Acosta, María Victoria Gisvert y Lara Morquecho¹

La pandemia forzó a las personas a cambiar sus costumbres ante el aislamiento social obligatorio implementando recursos tecnológicos para relacionarse en sociedad. Es así que, en el escenario actual, los conflictos traídos a los estrados judiciales para su resolución se encuentran inmersos en relaciones jurídicas vinculadas con el mundo digital. Lo que impacta inevitablemente en las estructuras procesales.

Las necesidades inmediatas que emergen en el escenario procesal actual -tecnológico- giran principalmente en torno a la etapa probatoria y a los medios adecuados para la recolección del material digital en tanto de aquí a un futuro no muy lejano, la mayoría versará sobre hechos acontecidos en el mudo virtual que podrán ser probados sólo o en gran parte mediante pericias informáticas.

El caso de las estafas virtuales, donde se pretende la nulidad del contrato o el reclamo de una indemnización por los daños, es un claro ejemplo de ello. Pero también podemos pensar en supuestos de reclamo de indemnización de daños por difamación en redes sociales; casos de mala praxis en los que será de vital importancia la incorporación de historias clínicas digitales que podrían ser fácilmente modificadas; daños y perjuicios generados por contratos de mutuo celebrado de forma virtual a través de páginas web, whatsapp o canales de

¹ Marina Isabel Acosta, abogada, Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Univ. Notarial Argentina). Docente de grado de la UNLP y UDE. Abogada Inspectora en la Procuración de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

María Victoria Gisvert, abogada, Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Univ. Notarial Argentina), Docente de grado de la UNLP y UDE. Secretaria Académica del Colegio de la Abogacía de La Plata.

Lara Morquecho, abogada, Especialista en Derecho Procesal Profundizado (Univ. Notarial Argentina). Docente de grado de la UNLP. Auxiliar Letrada en Juzgado Civil y Comercial, Suprema Corte de Justicia Buenos Aires.

comunicación online o incluso para probar el cumplimiento de los deberes de las partes en relaciones de teletrabajo

Sin perjuicio que la cuestión probatoria informática puede aplicarse tanto para litigios ajenos totalmente a tal materia como una controversia de familia o derecho del trabajo, en el caso nos detendremos en litigios sobre cuestiones puramente informáticas lo que también fundamenta el análisis particularizado del tema.

Así comprometidas con la labor de repensar los desafíos para una nueva justicia, más moderna y eficiente que se adapte a las necesidades de la era actual surge la idea de sentar las bases de nuevas infraestructuras procesales en lo respectivo a la prueba pericial, proponiendo la implementación de Inteligencia Artificial en la producción de la pericia informática, abriendo paso asimismo al concepto de tecnoactivismo como un nuevo rol necesario de los operadores jurídicos para garantizar la tutela judicial efectiva.

Problemáticas detectadas en la pericia informática y prueba digital.

En el análisis de la casuística actual mencionada, se advierte la relevancia que adquiere la pericia informática para la **justa** resolución de conflictos cuyos hechos se suscitan en la nueva “realidad virtual”.

El objetivo de la pericia informática en un proceso de conocimiento ordinario, es acercarle al juez la aproximación más cercana de la verdad de los hechos controvertidos para la formación de su convencimiento, teniendo en cuenta que la percepción o entendimiento del caso vinculado con los sistemas informáticos escapan a las aptitudes del común de la gente². En estos casos, el rol del perito con conocimientos especiales en informática es imprescindible para que el juez cumpla debidamente su labor, ya que él carece de conocimientos profesionales sobre la temática.

La prueba pericial entonces, que es llevada adelante por un ingeniero o licenciado en informática se basará en analizar material probatorio digital en

² Devis Echandia. Teoría General

soportes tales como sitios web, sistemas de mensajería, discos rígidos y todo tipo de soporte informático.

Sabido es que al utilizar internet a través de cualquier tipo de dispositivo como puede ser una computadora o un teléfono celular, se generan datos que para el caso serán recabados como evidencia digital.

La labor pericial consiste en examinar ese material digital que invocan las partes o terceros en el proceso. En ocasiones bastará con tener acceso a un dispositivo, obtener una dirección IP mientras que, en otros casos, será necesario acceder a información confidencial que se encuentre en las bases de datos como sucede, por ejemplo, en las entidades bancarias.

En esta línea, advertimos la primera problemática: la volatilidad del material informático. En el estudio del caso efectuado sobre nulidades contractuales por estafas virtuales -phishing-, recabamos datos³ de los puntos de pericia efectuados por los letrados y dictámenes elaborados por peritos licenciados en informática. Advertimos que la pericia de la Asesoría Pericial Oficial del Poder Judicial de Buenos Aires, se efectúa entre los ocho meses y el año del inicio de la causa. En muchos casos, el proceso en sede civil se inicia varios meses luego de ocurrida la estafa virtual. Esa demora en el peritaje perjudica la obtención de la prueba que colabore a descubrir la verdad más próxima a lo sucedido, ya que con el tiempo aumenta la probabilidad de mutación del escenario virtual.

Nuestra reflexión sobre este punto es que, en estos casos donde el hecho acaece en el mundo virtual, resulta sustancial la **celeridad en la obtención de la pericia**, toda vez que el material que habrá de ser compulsado en soportes informáticos se caracteriza por ser anónimo, volátil, duplicable y fácilmente alterable o eliminable, lo que provoca la inseguridad en la cadena de custodia del contenido dificultándose determinar con precisión por quienes pasó hasta llegar a “manos” del experto.⁴

³ Datos relevados en los Juzgados Civiles y Comerciales del Departamento Judicial de La Plata, Provincia de Buenos Aires, a través de la Mesa de Entradas Virtual www.scba.gov.ar

⁴ MOLINA QUIROGA, Eduardo: “Evidencia digital y prueba informática” - LL - 2014-C-940

Tanto así que la modificación de un documento o la eliminación de una de sus partes, puede ser causa de la pérdida del caso para la parte interesada.

El fundamento esencial entonces de la celeridad requerida se basa en la importancia de la cadena de custodia de la prueba, es decir, el procedimiento ordenado y monitorizado con el cual se mantiene la integridad física y lógica de una prueba. Este mantenimiento se extiende desde la identificación y recolección de la prueba, pasando por su registro y almacenamiento, su posterior traslado y el análisis final de la misma, hasta la incorporación al proceso judicial.

Por esas razones, la clave para asegurar la **integridad de la evidencia** será efectuar la prueba pericial informática al momento más próximo posible -por ejemplo en el caso del phishing, en forma inmediata de haber sufrido la estafa- ya que a través de este proceso se garantiza el medio de prueba, propiciando alcanzar lo más cercano a la verdad de los hechos controvertidos suscitados en el mundo virtual.

Es por ello que, para garantizar el debido acceso a la justicia y su tutela efectiva, la cuestión de la celeridad procesal en la pericia informática es un recaudo esencial para proporcionar a los operadores jurídicos de pruebas claves, garantizando su fiabilidad y autenticidad.

La segunda cuestión que advertimos es la falta de conocimiento de aspectos técnicos por la generalidad de las personas, incluyendo a los operadores jurídicos. En particular, consideramos que esta es una de las causas de la falta de reglas claras y uniformes para la obtención y presentación del material digital en el proceso a los fines de efectuar la pericia.

El mundo digital, se ha vuelto en gran parte en una nueva faz del ser humano, formando parte de nuestro cotidiano. Es por ello que, sin perjuicio de la existencia del perito como auxiliar del juez que le aporta los conocimientos profesionales de los que carece, en los casos donde el hecho controvertido ocurre en el mundo virtual, en este tipo de pericias informáticas consideramos que el rol del juez y de los abogados debe contar con conocimientos mínimos en la materia, convirtiéndose en “tecnoactivo”

Quadri explica que este concepto, vinculado con el activismo judicial implica que además de los medios probatorios clásicos se comiencen a aprovechar aquellas posibilidades que le brindan al juez las tecnologías de la información y comunicación, acudiendo a los medios de prueba previstos por los Códigos Procesales, respetando estrictamente el derecho de defensa de las partes ⁵

Sobre este aspecto la jurisprudencia ha descalificado sentencias en las cuales, para decidir, el órgano jurisdiccional se apoyó en información recabada directamente de Internet, sin ser ofrecida o producida como prueba en esas condiciones carece de sustento probatorio idóneo, apoyándose en su exclusivo arbitrio⁶

Es por ello que, coincidiendo con la jurisprudencia citada, propondremos la realización de la pericia informática, como prueba anticipada en el marco del proceso, agregando herramientas de inteligencia artificial que nos permitan acelerar su producción y automatizando los puntos de pericia, garantizando la celeridad requerida.

Finalmente, vinculado con el desconocimiento en la materia “informática” esbozado en las líneas precedentes, avizoramos falencias en los puntos de pericia que podrían perjudicar la producción de la prueba pericial.

Los puntos de pericia importan la interrogación que se le efectúa al experto sobre la materia para la que es convocado, sobre los hechos del proceso. Dependiendo del tipo de pericia, el perito sabrá qué es lo que tiene que investigar, comprobar o determinar.

Los puntos periciales deben ser exhaustivos y no deben contener elementos confusos, indeterminables o imposibles de alcanzar con los medios técnicos disponibles. Es, además, imprescindible determinar la ubicación de la

⁵ TÍTULO: MANIFIESTO DEL TECNOACTIVISMO JUDICIAL (EN EL ÁMBITO PROBATORIO) AUTOR/ES: Quadri, Gabriel H. PUBLICACIÓN: Temas de Derecho Procesal TOMO/BOLETÍN: - PÁGINA: 103 MES: Marzo AÑO: 2020

⁶ SCBA 13/5/2015, “González, Elisa Miriam contra Santoro, Carlos Horacio y otros. Despido

información a utilizar: la misma puede encontrarse en poder de la parte que consulta, pública de libre disponibilidad, pública de disponibilidad restringida, privada de un tercero no involucrado en la causa o en poder de la contraparte.

En el proceso civil, en este tipo de casos, el letrado es quien confecciona los puntos de pericia que representan a la parte. Aquí la problemática detectada involucra la obstaculización del acceso a la justicia, ya que no todos los estudios jurídicos cuentan con expertos para consultar antes de la interposición de la demanda en pos de alcanzar el sustento probatorio necesario para la resolución del conflicto.

Los Estudios Jurídicos de gran trayectoria, especializados en la materia, incluyen dentro de su equipo un consultor informático que los asesora acerca de la posibilidad de probar aquello que el equipo legal desconoce técnicamente, y si existe la posibilidad de acceder al medio de prueba. Este asesor/consultor especializado en la materia informática conoce los procedimientos técnicos viables, sabe cómo preservar la evidencia y posee las herramientas específicas para la tarea.

Así, la tarea del asesor informático recaerá sobre los siguientes aspectos técnicos: redactar los puntos de pericia, asistir a la pericia si lo autorizan, asesorar al letrado en contestaciones o impugnaciones, recolectar evidencia y resguardarla, si correspondiere. Este tipo de estudios jurídicos suelen contar con puntos de pericia precisos y autosuficientes.

La interacción entre el experto y el equipo legal no existe en los casos de estudios jurídicos con una estructura más simple, que según el estudio del caso realizado, es lo que sucede en la generalidad. Nuestra propuesta, sobre este punto, será que en especial en estos casos el juez de ordenar un plus sobre la regulación legal en cuanto a los elementos o hechos que quiere conocer por medio de la pericia, sobre todo en este tipo de pericia de investigación.⁷

Sobre esta base argumentativa, basamos la importancia del rol activo del juez. Como muy bien ha explicado Taruffo, acudiendo al distingo entre ciencia “buena” y ciencia “mala” (junk science), los jueces no pueden limitarse a recibir

⁷ FALCON, Enrique M. Pàg 75

pasivamente cualquier cosa que se presente en el juicio como "científica" y deben asumir el problema de verificar la validez y la atendibilidad de las informaciones que pretenden tener dignidad científica, y que están destinadas a constituir la base de la decisión sobre los hechos.

La corriente tecnoactivista pone énfasis en la necesidad que existe actualmente de contar con magistrados que tengan conocimientos mínimos sobre los mecanismos de verificación y tratamiento de prueba digital.

Entendemos que esto sería lo ideal, ya que, en este tipo de casos, los jueces deberían detenerse a observar los puntos de pericia que plantean los letrados, para determinar la calidad del aporte científico que efectuará el perito, que en estos casos muchas veces requiere mayor profundidad que un simple cotejo de información.

Sin embargo, sucede que en la mayoría de los casos, el magistrado carece de conocimientos en la materia informática, y es por eso que cobran especial relevancia las posibilidades contempladas en el Código Procesal de Nación en el artículo 476. Nos referimos fundamentalmente a los informes de los consultores técnicos y a los informes que el juez puede requerir a institutos o entidades públicas o privadas de carácter científico o técnico; sin descartar la posibilidad de ordenar la producción de los exámenes científicos que estime necesarios para el mejor esclarecimiento de los hechos controvertidos tal como reza por ejemplo, el artículo 475, inc. 2º del Código Procesal de Nación.

Queremos destacar que, si bien no hace falta que el juez se convierta en un especialista informático, si debe comprender su funcionamiento, distinguir mínimamente las variables existentes y cuáles son las características principales. Siendo aquella la única manera de contar con un umbral de conocimientos que le permita, al final del camino, valorar adecuadamente el producto pericial.

Una propuesta en miras de obtener la verdad jurídica *informática*

Habiendo dejado asentado por un lado, las problemáticas que conciernen a este tipo de medio probatorio y el necesario rol activo que requiere su

producción por parte de todos los operadores jurídicos, nos focalizaremos ahora en cómo influye aquello al momento de la valoración que el juez efectúa sobre la prueba en miras a decidir el litigio.

Como mencionamos, una de las principales características del material probatorio digital es su volatilidad y es justamente ello lo que imprime una necesaria agilidad en la diligencia probatoria por parte de los órganos jurisdiccionales.

Por eso estimamos oportuno que se arbitren las herramientas para que se pueda recabar la información sin que se rompa la cadena de custodia, en tanto, como señalamos, en muchos procesos esta prueba va a ser decisiva. Tomando como rumbo la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, no podemos aspirar a obtener sentencias basadas en meras probabilidades frente a sucesos con impacto jurídico que no pudieron ser debidamente acreditados.

Partimos entonces de la base de que, como prueba pericial en sí, los códigos de procedimiento estipulan un piso de valoración para la misma, en tanto postulan que la fuerza probatoria del dictamen será estimada por el juez, que en este caso además deberá hacerlo desde una perspectiva tecnoactivista que deberá delinear las reglas para la producción de la misma en miras a la particularidad del material probatorio a recabar.

Entendemos que por ese motivo cobran especial relevancia las facultades instructorias de los magistrados a los fines de avanzar sobre la producción e incorporación oficiosa de la prueba al proceso, pues es su deber - siempre respetando el principio dispositivo y el derecho de defensa en juicio- el de buscar la verdad objetiva a través del conocimiento de los hechos que acontecen en un mundo virtual y que, como tales, resultan intangibles.

Es por ello que la sentencia basada en material probatorio adulterado, por más que la labor axiológica se haya valido de presunciones en razón de los derechos que se encuentran en juego, no deja de ser una verdad aparente, una absoluta falacia, alejándonos del objetivo central del proceso judicial.

Urge entonces la necesidad de agudizar la actividad oficiosa de los magistrados para la incorporación de este tipo de hechos evitando cualquier tipo

de modificación que pudieran sufrir. Para ello nuestra propuesta consiste en que en aquellas pretensiones en las que exista temor sobre la vulneración de las constancias digitales, **los directores del proceso ordenen la compulsión del material de manera anticipada** -aún cuando no hubiese sido requerido por las partes- para ser incorporada al proceso. Ello desde ya, asegurando la participación de las partes de controlar su producción como así también de ofrecer su contraprueba.

Finalmente, en camino hacia un proceso con mayor grado de verosimilitud en pleitos en los que haya que probar hechos acontecidos en el mundo virtual, la propuesta concreta es la producción de forma anticipada de una pericia informática con la implementación de inteligencia artificial con puntos de pericia básicos pre-elaborados diseñados por profesionales expertos en la materia, peritos ingenieros y licenciados informáticos, con posibilidad de su posterior complementación, que apuntan especialmente al resguardo de los datos necesarios evitando su adulteración o destrucción.

La propuesta en este sentido consiste en que los peritos informáticos oficiales acuerden “puntos de pericia” ya establecidos para los distintos casos, como por ejemplo para detectar la existencia del hecho en los casos de estafas virtuales.

El rol de asistente virtual del perito, que funciona a través de herramientas de inteligencia artificial, permite facilitarle al mismo por ejemplo su tarea de cotejo o constataciones que debe efectuar, la que se generará de forma automática, luego de entrenar-educar al mismo con distintas opciones, solo requiriendo al experto que conteste preguntas al asistente virtual, lo que permitirá obtener esa pericia de cotejo de forma automática.

Por ejemplo, para los casos de estafas bancarias, suele cotejar información desde distintas URLs desde las cuales se releva información a efectos de la producción de este informe pericial.⁸

⁸ DataCels - CBU de Bancos en Argentina - <https://www.datacels.com/cbu> [2] Formulario de contacto en el sitio web (<https://www.bancoprovincia.com.ar/centro-de-contacto/3>) [3] B.C.R.A. - Comunicación “A” 7319 - <http://www.bcra.gov.ar/Pdfs/comytexord/A7319.pdf> [4] B.C.R.A. - Comunicación “A” 5230 - <http://www.bcra.gov.ar/pdfs/comytexord/A5230.pdf> [5] Búsqueda de registros WHOIS en la URL : <https://query.milacnic.lacnic.net/> [6] ASN Lookup - <https://hackertarget.com/as-ip-lookup/> [7] ip2location -

Así el perito, obtendrá con mayor agilidad esta pericia de cotejo y podrá ocupar mayor tiempo en efectuar la tarea de investigación más compleja, que no pueda efectuarse de forma automatizada.

Conclusión

Las propuestas aquí esbozadas en concreto pretenden el rol de un juez tecnoactivo y se encuentran dirigidas a facilitar la tarea del mismo al momento de valorar la prueba informática, intentando evitar que la sentencia sea en base a meras probabilidades, apariencias o simples presunciones, situación que pudiera acontecer de resultar adulterado o destruido el material objeto de la pericia que, como mencionamos, es, a diferencia de otro tipo de pericias, intangible.

Tal como señala Morello la necesidad de acceso a la verdad posible y a la finalidad de ser ella alcanzada en el proceso civil, es el norte tan marcadamente señalado por la Corte Suprema en pos de bregar por la verdad jurídica objetiva, a cuyos logros no cabe levantar obstáculos procesales, cuando el objeto de la pretensión y el contenido del proceso se viste de notas agudas de complejidad⁹

Para ello, se propone la oficiosidad del juez a la hora de exigir en estos casos la prueba pericial informática de forma anticipada, contando los peritos con herramientas tecnológicas que les facilite la tarea para cuestiones de cotejos, otorgándoles más tiempo para las tareas de investigación complejas que exige esta casuística.

A través de la presente propuesta de innovación se proyecta un cambio disruptivo para la forma en la que se trabaja en la justicia actual, sin embargo, no es más que adecuarla a nuestro mundo.

La propuesta no solo implica una innovación tecnológica sino que con sus resultados, logrará que nuestro estado de cumplimiento a las mandas

<https://www.ip2location.com/demo/> [8] ENACOM - Indicativos interurbanos del Ente Nacional de Telecomunicaciones - https://www.enacom.gob.ar/indicativos-interurbanos_p143 [9] Filiales y Cajeros - https://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades_financieras_filiales_y_cajeros.asp?bco=AA [A10&Tit=2&tipo=2](https://www.bcra.gob.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades_financieras_filiales_y_cajeros.asp?bco=AA) [10] Banco de la Provincia de Buenos Aires - Carta Orgánica - <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/decreto-ley/1979/9434/650>

⁹ FALCON Enrique M. Tratado de la prueba Civil Tomo II. Ed. Astrea 2003

constitucionales y tratados internacionales con la misma jerarquía. Tal como afirma la Organización de Naciones Unidas “[...] las máquinas pueden realizar el trabajo rutinario y previsible, con lo que las personas pueden dedicarse a labores más creativas y productivas”

Bibliografía

ALMADA, Daniel Ricardo El objeto de la pericia informática. Citas: TR LALEY AR/DOC/1361/2013 Publicado en: DJ 02/05/2013, 91

FALCON Enrique M. Tratado de la prueba Civil Tomo II. Ed. Astrea 2003

TOMASI, Susana Noemí. Peritaje judicial informático Citas: TR LALEY AR/DOC/1075/2009

Publicado en: Enfoques 2009 (abril), 18

VANINETTI, Hugo A. Citas: TR LALEY AR/DOC/2052/2013 Publicado en: LA LEY 29/05/2013, 5 LA LEY 2013-C, 374 Preservación y valoración de la prueba informática e identificación de IP

QUADRI Gabriel Hernan. PRUEBA ELECTRÓNICA: LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

QUADRI, Gabriel H. MANIFIESTO DEL TECNOACTIVISMO JUDICIAL (EN EL ÁMBITO PROBATORIO) Temas de Derecho Procesal TOMO/BOLETÍN: - PÁGINA: 103 MES: Marzo AÑO: 2020