

Obstáculos legales para la destrucción de correos electrónicos (*e-mails*)

The ARMA International Educational Foundation
(Fundación Educativa Internacional ARMA)

1609 Terrie Drive
Pittsburgh PA USA 15241
www.armaedfoundation.org

Estudio realizado por

John C. Montaña, J.D.,

con la ayuda editorial de

John R. Kain, M.A.

y la ayuda en investigación de

John R. Kain, M.A. y Kathleen Nolan, M.D., M.S.L.

19 de octubre de 2003

Obstáculos legales para la destrucción de correos electrónicos (*e-mails*)

Un estudio realizado por John C. Montaña
para
The ARMA International Educational Foundation
(Fundación Educativa Internacional ARMA)

Obstáculos legales para la destrucción de correos electrónicos (<i>e-mails</i>)	1
Obstáculos legales para la destrucción de correos electrónicos (<i>e-mails</i>)	2
Obstáculos legales para la destrucción de correos electrónicos (<i>e-mails</i>)	3
1. Introducción	3
1.1. El problema	4
1.2. Este proyecto	5
1.3. El concepto de estatus legal	6
1.4. Derecho consuetudinario versus derecho civil	8
1.5. Ley primaria y suplementaria	8
3. El valor del correo electrónico como evidencia	12
3.1. Jurisdicciones de derecho civil	13
3.2. Jurisdicciones de derecho consuetudinario	14
3.3. Procedimientos y entornos administrativos	18
3.4. Conclusión -- Evidencia	19
4. El correo electrónico como registro de transacción	20
4.1. El correo electrónico como “escrito” o “registro”	21
4.2. El correo electrónico como registro gubernamental o público	24
4.3. El correo electrónico como herramienta para transmitir información al gobierno	26
4.4. El correo electrónico en transacciones comerciales	27
4.5. Conclusión -- El correo electrónico como registro de transacción	30
5.0. Contrapunto – Argumentos a favor de la retención del correo electrónico por un corto plazo	30
6.0 Retención electrónica versus retención impresa del correo electrónico	32
7.0. Retención del correo electrónico	35
7.1. Retención obligatoria del correo electrónico	36
7.2. Retención no obligatoria del correo electrónico.	37
7.3. Periodo único versus retención electrónica funcional	37
7.4. Retención electrónica funcional	39
7.5. La función de la retención en papel	41
7.6. Evaluación de las opciones	42
7.6.1. <i>Periodos de retención</i>	42
7.6.2. <i>Retención electrónica versus en papel</i>	43
8.0. Palabras finales	44

1. Introducción

Desde principios de la década de 1990, el correo electrónico (*e-mail*) se ha vuelto algo tan normal como las computadoras necesarias para transmitirlo y recibirlo. Muchos comercios dependen de él, y un buen porcentaje de todas las personas en el mundo desarrollado también dependen de él como un medio –a menudo el medio principal– para comunicarse con los demás. Esta tendencia tampoco está limitada a los llamados países “desarrollados”. En cualquier lugar que haya un enchufe eléctrico y una línea de teléfono, probablemente se encuentran también computadoras y correos electrónicos.

Por muchos años, sin embargo, la aceptación del correo electrónico en el mundo en general ocurrió mucho antes de que el mundo legal pudiera manejar el asunto. En el mundo de las computadoras el cambio es rápido. En 1965 Gordon Moore predijo que la capacidad de una computadora se duplicaría cada 18 meses, y esta predicción ha comprobado ser cierta. A medida que la capacidad de las computadoras y aquellos aspectos necesarios para apoyar el uso de los correos electrónicos (almacenaje de datos a bajo costo, procesamiento de datos más rápido y transmisión más rápida) se ha duplicado y reduplicado, también lo ha hecho nuestro uso y dependencia del correo electrónico. Las organizaciones comerciales grandes envían y reciben millones de correos electrónicos cada año.

Sin embargo, el cambio no es tan rápido en el mundo de las leyes. Por naturaleza, los procesos legales son lentos: la legislación tiene que pasar por un proceso tortuoso de presentación y redacción, enmiendas y recreación de borradores, negociaciones, vistas, debates, acuerdos y revisiones, mientras las implicaciones de la ley que se está contemplando se analizan cuidadosamente y las partes interesadas intervienen. Esto puede tomar varios años desde el inicio hasta la legislación final, y todavía más años mientras la ley se vuelve a revisar hasta que se convierte en una regla desarrollada y completamente funcional. Las leyes que se crean por la decisión de un caso en corte se desarrollan aún más lentamente a medida que el asunto pasa por el tedioso proceso de apelaciones, y poco a poco pasa de jurisdicción a jurisdicción. Caso por caso, como los ladrillos de una casa grande y compleja, la doctrina judicial se desarrolla con el paso del tiempo, en un proceso que toma años y a menudo décadas.

Para empezar, los sistemas jurídicos del mundo tampoco enfrentan el asunto de la tecnología informática avanzada necesariamente bien preparados para solucionarlo. El sistema de derecho consuetudinario del mundo angloparlante comenzó antes del primer milenio, y el sistema de derecho civil usado por la mayoría del resto del mundo es igualmente viejo – el llamado “Código Napoleónico”, que distribuyó por el mundo el emperador francés del mismo nombre, es en realidad una versión modernizada (si así se le puede llamar a un código legal que ahora tiene casi 200 años) del Código Justiniano, llamado así en honor del emperador romano que nombró una comisión en 528 E.C. para que recopilara las leyes romanas en un solo grupo unificado de normas y principios.

Por ser tan antiguos, hasta los documentos en papel son en cierto modo un invento innecesariamente nuevo para ambos de esos sistemas, y los dos dedican bastante tiempo y esfuerzo en superar los prejuicios inherentes contra los documentos escritos y en tratar de manejar su supuesta falta de confiabilidad. Durante las décadas en que proliferó el uso de los sistemas de computadora en el ambiente comercial, ambos sistemas legales operaron bajo la suposición de que los registros se creaban y mantenían en papel o por lo menos en medios parecidos al papel como el *microfilm*;¹ y los requisitos diseñados para realzar la confiabilidad no solamente presumieron la existencia del papel, sino que también fueron inútiles e imposibles de aplicar en el contexto de algo tan insustancial como un registro electrónico. Un requisito de ese tipo que aún se encuentra en las compilaciones del código civil es el requisito de que los registros comerciales de contabilidad se mantengan en libros encuadernados y paginados que hayan sido autenticados por un notario u otro funcionario público.²

Tales prejuicios y requisitos dificultan el uso incluso de los registros electrónicos de mayor estructura como los programas de contabilidad. Algo tan sencillo como un correo electrónico -- que por naturaleza carece de estructura y administración-- presenta un formidable acertijo para los sistemas legales del mundo. El uso penetrante del correo electrónico ha ocurrido prácticamente sin consideración de las sutilezas legales --si algún proceso ofrece la posibilidad de nuevas oportunidades de mercado, más ganancias o cualquier otra ventaja comercial, las personas tienden a hacer el negocio primero y preocuparse de los detalles legales después. En el caso de los documentos electrónicos generalmente, esto es precisamente lo que ha ocurrido. En esos casos, la creación de leyes a menudo consiste en la ratificación *ex post facto* de prácticas que ya llevan bastante tiempo incorporadas en la cultura comercial y popular.

Para la información estructurada como las bases de datos de contabilidad, es posible darle la vuelta al asunto para al menos cumplir con el requisito legal de tener algo en papel --se pueden sustituir los libros encuadernados con reportes impresos,¹ y los discos y otros medios electrónicos se pueden "autenticar" como reemplazo de numerar y sellar los libros encuadernados.² En caso del correo electrónico, no es viable hacer esas sustituciones aun cuando la sustitución sea una ficción legal como sucede a menudo. La viabilidad del correo electrónico como un fenómeno reconocido legalmente se desarrolló con ese trasfondo, y tanto los legisladores como las cortes se vieron forzados a enfrentar esta situación al tratar de decidir qué tipo de 'animal' es el correo electrónico.

1.1. El problema

La conveniencia y el uso extensivo del correo electrónico significan que la mayoría de las organizaciones están manteniendo grandes volúmenes del mismo, a pesar de los asuntos legales mencionados anteriormente. Esto presenta varios problemas:

¹ Por ejemplo, el Código de Registros y Libros de Grecia (*Greece Books and Records Code*) antes de sus modificaciones en el 2002.

² Por ejemplo, el Artículo 24 del Código de Registros y Libros de Grecia.

- Aunque los precios de almacenaje electrónico han seguido bajando, el almacenamiento continuo de grandes volúmenes de correo electrónico representa costos significativos para una organización;
- Los asuntos administrativos de manejar millones o miles de millones de objetos con datos muy informales, creados con poca o ninguna atención a una estructura o indexación formales, por lo que la recuperación sistemática de los mismos es difícil y costosa;
- El correo electrónico almacenado está sujeto al proceso legal, y pudiera requerir búsquedas que podrían ser difíciles y caras.

Estos asuntos por lo tanto han hecho que el problema de retención de correos electrónicos sea uno de los de más importancia y vanguardia en el manejo de información y manejo de riesgos. Han surgido dos perspectivas filosóficas generales en cuanto a cómo enfrentarlo:

- *La eliminación general.* En este método, todo el correo electrónico se guarda por cierto tiempo límite –60 días, 90 días, 1 año, etc.— y luego se borra *en masa*.
- *El enfoque de correo como registro.* En este método, cada mensaje de correo electrónico se categoriza por asunto, y se le asigna un periodo de retención de acuerdo a ese asunto, que supuestamente igual que el de los demás objetos de datos con un asunto similar.

Cada uno de estos métodos tiene ventajas y desventajas: El método de eliminación general tiene las virtudes de ser sencillo y fácil de implantar, pero da por sentado --que no necesariamente es correcto-- que el correo electrónico es homogéneo desde el punto de vista de administración del negocio y el legal, y que por lo tanto todos los mensajes se han de tratar de manera idéntica.

El método de correo como registro tiene las virtudes de precisión y especificidad; y de facilidad de búsqueda --el correo se retiene en base a su valor asignado, y se puede (en teoría) recuperar cuando se necesite, en base a la categoría que se le haya asignado. La desventaja de este método es que la categorización del correo electrónico ha probado ser un reto inmenso, por no decir más.

1.2. Este proyecto

Este proyecto busca examinar el correo electrónico y las doctrinas legales que lo rodean, para determinar cuál es el mejor método para su retención. Más precisamente, tiene por fin:

“Identificar los obstáculos legales y reglamentarios que prevendrían la adopción de una política de manejo de información que requiera borrar automática y sistemáticamente todos los mensajes de correo electrónico, en todos los depósitos, que sean más viejos que un periodo predefinido”.⁵

La respuesta básica a esta pregunta es sencilla: el correo electrónico no se puede destruir *en masa* después de un periodo asignado arbitrariamente en cualquier caso en que el deber legal requiera otra cosa. El gran problema estriba, sin embargo, en los detalles: Surgen deberes legales de una gran variedad de fuentes, y los deberes como tal varían bastante. Cada deber crea cierto tipo de estatus legal sobre el objeto de datos en que está impuesto --es un objeto de

evidencia, un objeto de cumplimiento regulativo, un registro de gobierno o lo que sea. La pregunta entonces es, en su caso ¿qué estatus impone la ley sobre el correo electrónico?

Que el correo electrónico tiene *algún* tipo de estatus legal es más que por ventura –por años, el *e-mail* ha sido un modo común de comunicación comercial, y este hecho de por sí garantiza cierta determinación legal en cuanto al significado del correo electrónico que tanto se usa. Todo tipo de transacciones comerciales –negociaciones, ofertas, aceptaciones, términos de contratos, documentos legales, revisiones, desacuerdos— se han estado transmitiendo y recibiendo por correo electrónico, y todas estas cosas tienen significado legal. Este documento de por sí es producto de ese proceso y lo ilustra muy bien –el proceso mediante el cual se creó la visión, se negoció, se preparó el borrador, se revisó, y se finalizó, consistió casi en su totalidad de llamadas por teléfono, mensajes de correo electrónico y archivos enviados con los mensajes. La única copia impresa que ha existido es la que usted, el lector, tiene ahora en sus manos --a menos que, obviamente, esté leyendo una copia electrónica que muy bien pudo haber comprado y recibido por correo electrónico.

En el mundo real, los contratos conducen a disputas, y las disputas llevan a la corte; y si se usó un correo electrónico en el proceso del contrato, también irá a la corte aun cuando solamente sea para que lo declaren nulo al llegar. La interrogante en el caso del correo electrónico es entonces “¿Qué exactamente significa su estatus, y cómo afecta las prácticas de retención?” ¿Es el correo electrónico un documento “escrito”, con derecho al mismo estatus legal --y por lo tanto a cualquier presunción de confiabilidad y veracidad correspondiente, y cualquier deber asociado-- que tiene un documento en papel? ¿Es más como una llamada telefónica, que tiene un nivel conmensuradamente menor de confiabilidad, y menos deberes? ¿O es más como las enmiendas orales que a menudo le siguen a los contratos escritos que contienen una cláusula que prohíbe las enmiendas orales –una entidad que legalmente no existe, que no se puede hacer cumplir en lo absoluto? Dado el grado al cual los negocios, las personas y los gobiernos han estado confiando en los correos electrónicos para la transacción de asuntos legalmente importantes, esta es una pregunta desconcertante e importante.

Este artículo busca aclarar eso. Los más o menos quince años de uso difundido del correo electrónico nos han proporcionado suficiente molienda para el molino legal³, y suficiente tiempo para molerla. En este documento examinaremos el estado actual de las leyes, intentaremos llegar a un juicio razonado de lo que significa en la medida en que aborda el estatus del correo electrónico como objeto legalmente definido, y luego decidir si ese estatus afecta su retención.

1.3. El concepto de estatus legal

El concepto “estatus legal” es algo inexacto. El correo electrónico, al igual que cualquier otra cosa que se pueda caracterizar como ‘comunicación’ o ‘documento’ no adquiere un estatus legal

³ Nos referimos a las antes mencionadas negociaciones, ofertas, aceptaciones, términos de contratos, documentos legales, revisiones y desacuerdos, así como a los malos entendidos, desacuerdos, declaraciones falsas y las ocasionales mentiras descaradas, fraudes y delitos graves que constituyen el terreno fértil sobre el cual crece la doctrina legal.

único al definirlo y autorizarlo para todo tipo de propósito en todas las jurisdicciones. Más bien, el correo electrónico es autorizado, ratificado o de otra manera clasificado por la decisión del caso, ley, regulación u otra autoridad legal para un propósito particular, dependiendo de la situación legal presentada, el uso propuesto del correo electrónico, la autoridad –ya sea la corte, el legislador o regulador—que está en control, el foro en cuestión, la jurisdicción en la que la pregunta se ha presentado y el sistema legal que gobierna esa jurisdicción. El correo electrónico puede por lo tanto tener cierto estatus definido en varias áreas, y ese estatus puede muy bien variar de jurisdicción a jurisdicción. Al menos las siguientes áreas se presentan:

El valor del correo electrónico como evidencia. La utilidad potencial del correo electrónico en un litigio provocó posiblemente la primera reflexión sobre su estatus legal. Como con cualquier otra comunicación, las personas hacen declaraciones en correo electrónico. Independientemente del estatus “escrito” o “autorizado” o cualquier otro estatus de un correo electrónico, esas declaraciones a menudo comprueban ser interesantes y potencialmente valiosas como evidencia para el oponente en un litigio. Siendo este el caso, es natural que los litigantes pidieran que se admitiera el correo electrónico en los casos en corte y que se desarrollaran teorías legales que lo permitieran.

Estatus de documento cuando se requiere un documento “escrito”. La ley en la mayoría de las jurisdicciones requiere que muchos documentos escritos o registros sean mantenidos por las personas que están bajo su autoridad. Por mucho tiempo después de reconocer la escritura y los documentos escritos, la ley dio por sentado que “escrito” significaba escrito en papel. Esta presunción sirvió muy bien por mucho tiempo. Existían, en el análisis final, solamente dos tipos de comunicación –“escrita” en un pedazo de papel y auditiva– conversaciones en persona, y más tarde en llamadas telefónicas y cosas similares. A pesar de que tomó tiempo para que formalmente se aceptara legalmente en las numerosas jurisdicciones del mundo, el microfilm no presentó un desafío teórico a esto. Un microfilm es simplemente la foto de un pedazo de papel, en un medio muy similar con respecto a la durabilidad y resistencia percibida a la alteración. El telegrama y los mensajes de télex fueron más problemáticos. El telegrama presenta en teoría algunos de los mismos problemas que el correo electrónico –transmisión electrónica, seguida del proceso de captura y transcripción, con todas las incertidumbres que eso conlleva.

Estatus como un registro adecuadamente mantenido cuando se requiere un registro. De manera similar, “registro” por mucho tiempo significó datos registrados en una hoja de papel, a menudo una hoja de papel encuadernada en un libro y autenticada por un funcionario público de algún tipo. La llegada de las computadoras cambió eso; los sistemas electrónicos de contabilidad rápidamente substituyeron los manuales en los negocios grandes, y pronto un gran porcentaje de otros registros estaban siendo también generados por computadoras. Les gustara o no, las autoridades legales tuvieron que enfrentar la presencia de registros generados electrónicamente.

Estatus como documento firmado. La ley no solamente requiere a menudo que exista un registro escrito de algo, sino que a menudo requiere que el registro esté firmado para que sea válido o se pueda hacer cumplir. “Firmado” generalmente significa firmado a mano, con un bolígrafo. Esto no es así, como veremos, y ha sido muy importante en el desarrollo de las leyes sobre el correo electrónico.

En cada una de estas áreas, varias fuentes pueden crear las leyes, o una combinación de ellas. También, las leyes pueden ser desde generales y para todos, hasta bien específicas, cubriendo solamente una situación o uso. Al considerar el tratamiento legal del correo electrónico, se tienen que tomar en cuenta estas fuentes y las variaciones en terminología, autoridad o el concepto que tienen del asunto.

1.4. Derecho consuetudinario versus derecho civil

El alcance y las fuentes del derecho son un poco diferentes en cuanto al derecho común (angloamericano) y el derecho civil (basado en el derecho romano). En las jurisdicciones de derecho consuetudinario, que no haya una ley sobre un tema no significa que la ley no existe: las cortes pueden dictar una ley si no hay una ley escrita sobre el asunto; y si hay una, las cortes la interpretan y la aplican a los hechos particulares. En ambos casos, la ley establecida es tan obligatoria y se puede hacer cumplir como cualquier otra ley; además, aplica el principio de derecho consuetudinario *stare decisis* o jurisprudencia obligatoria; es decir que las decisiones subsiguientes de las cortes dentro de la jurisdicción se tienen que realizar de acuerdo a la ley articulada. Con el paso del tiempo, se va construyendo un cuerpo de ley sobre un tema, que explica los matices y cubre una variedad de situaciones de hecho. No es poco común que se desarrolle una doctrina completa y madura cuando falta una ley sobre un asunto. Esta ley en base a decisiones –muy importante en el desarrollo de leyes sobre el correo electrónico– es el derecho consuetudinario.

En las jurisdicciones de derecho civil, las cortes tienen mucha menos influencia. Las cortes deciden los casos aplicando las leyes escritas a hechos particulares, pero no tienen el poder de crear doctrina legal cuando no exista una ley, y sus decisiones no sientan precedente. Por lo tanto, tienen mucha menos influencia en el desarrollo de las leyes que las cortes en los países en que rige el derecho consuetudinario.

1.5. Ley primaria y suplementaria

En tanto las jurisdicciones de derecho consuetudinario como en las de derecho civil, las leyes primarias –leyes escritas⁴ y/o decisiones en casos– se suplementan con otros dictámenes legales obligatorios. Estas son regulaciones promulgadas por las agencias de gobierno o de acuerdo al otorgamiento de autoridad para operar un plan de regulación, o por el poder ejecutivo para facilitar la implantación de alguna ley.⁵ Las regulaciones a menudo son las autoridades legales con el menor alcance: Una agencia regulativa tiene autoridad para dictar reglas solamente dentro del poder que le dio su cuerpo legislativo de gobierno, típicamente dentro de un solo tema o plan

⁴ Las leyes escritas en los países de derecho consuetudinario que se usan en esta publicación se llamarán "leyes" (por ejemplo, la "Ley de Evidencia"), ordenanzas o leyes escritas. Las disposiciones legales emanadas del código civil generalmente se nombran por artículo o número de sección de un código en particular; por ejemplo, artículo 1234 del Código Civil.

⁵ En las jurisdicciones de derecho consuetudinario, se redactan como "regulaciones administrativas", "regulaciones" o "instrumentos legales". En las jurisdicciones de derecho civil, se caracterizan comúnmente como "decreto", "decreto ley" o regulaciones.

regulativo; por lo tanto, sus decretos en un tema como lo es el correo electrónico aplican solamente dentro de los confines de ese otorgamiento de autoridad y ámbito regulativo. Por lo tanto, una regulación sobre correo electrónico puede aplicar sólo a una población limitada de personas o entidades reguladas, o a un solo tema.

2. Definición del correo electrónico (*e-mail*)

Al hablar sobre el estatus legal del correo electrónico, el punto de partida es definir lo que significa el término “correo electrónico” o “*e-mail*”. Nuestra tendencia es pensar que el correo electrónico son los mensajes de texto que enviamos o recibimos usando un programa especial de computadoras como Outlook, Eudora o Netscape, y que van dirigidos de una persona humana a otra. El correo electrónico es, sin embargo, un concepto borroso, y esta definición no es particularmente exacta. Toda persona que recibe correo electrónico adquiere bastantes correos automáticos –los anuncios publicitarios y recibos de pedidos son los ejemplos más comunes– de los que no se puede decir que han sido enviados por un ser humano; y la mayoría de los usuarios del correo electrónico han enviado un mensaje, en algún momento, a una dirección de auto-recibo de un negocio o agencia de gobierno que resuelve el asunto automáticamente o lo dirige a otra persona desconocida. Por lo tanto, el aspecto de humano a humano que a menudo asociamos con el correo electrónico obviamente no es un prerequisite necesario. Las definiciones formales que existen no ayudan mucho a afinar la definición ni el concepto. Una definición autorizada lo caracteriza como:

“Un medio electrónico de comunicación en el cual (a) usualmente se transmite texto (pero a veces también gráficos y/o información de audio), (b) las operaciones incluyen enviar, almacenar, procesar y recibir información, (c) a los usuarios se les permite comunicarse bajo condiciones específicas, y (d) los mensajes se mantienen almacenados hasta que el destinatario los pida. Algunos programas de correo electrónico permiten adjuntar archivos electrónicos por separado, por ejemplo, archivos de procesador de palabras, archivos de gráficos, archivos de audio.”⁶

Esta definición coloca a lo que normalmente conocemos como correo electrónico en una categoría de mucho más intercambio electrónico de datos (EDI, por sus siglas en inglés). Esto es razonable. No hay en realidad una distinción tecnológica entre el correo electrónico y otras formas de EDI: la información en la transmisión se prepara en una computadora, se divide en paquetes, se envía a través de Internet (o una Intranet), se reensambla en el otro punto, y se hace disponible al destinatario en una computadora. Lo que distingue a estas otras cosas del correo electrónico –al grado en que sea posible– es más bien el factor “no lo puedo definir pero si lo veo lo reconozco”.

El sistema legal de por sí ha tenido muy poca oportunidad para definir el correo electrónico. Ya para cuando llegó al sistema legal, el *e-mail* ha habido sido definido por la tecnología y el uso, y fue presentado desde el principio al sistema legal como un fenómeno comúnmente entendido.

⁶ American National Standards Institute (ANSI), American National Standard for Telecommunications T1.523-2001, Glosario de Telecomunicaciones 2000 (Aprobado el 28 de febrero de 2001)

Lo borroso del concepto inmediatamente se extendió a las definiciones legales. Las leyes a menudo evitan por completo cualquier definición del término. La Ley de Protección de Información Personal y Documentos Electrónicos de Canadá⁷ contiene una autorización generalizada del uso de documentos electrónicos y tecnología, y define varios términos relacionados con EDI, pero el correo electrónico no está entre ellos. La Ley de Evidencia de Canadá usa una táctica similar, definiendo varios términos relacionados con los documentos electrónicos, pero omitiendo la definición de correo electrónico.⁸ Un ejemplo de una definición bastante amplia se encuentra en la Ley de Derechos de Aduana de Australia:

*"electrónico, cuando se relaciona con comunicaciones, significa la transmisión de comunicación por computadora."*⁹

"Para los propósitos de esta División, cualquier comunicación electrónica con la Aduana se considerará como una declaración efectuada a la CEO [Oficina de Aduana e Impuestos de Uso y Consumo]."¹⁰

Estas dos estipulaciones, si se observan juntas, claramente contemplan la comunicación por correo electrónico aunque no se haya dicho específicamente. En otras ocasiones, simplemente se menciona como "*e-mail*" o un "mensaje de datos" sin definición:¹¹

"Cuando la ley requiera que la información sea por escrito, ese requisito se cumple con un mensaje de datos si la información contenida en el mismo es accesible de tal modo que se pueda usar para referencia posterior."¹²

o

"A ninguna información se le negará efecto legal, validez o capacidad de cumplimiento solamente por el hecho de que se encuentre en el mensaje de datos que pretende dar origen a tal efecto legal, o porque meramente se haga referencia a la misma en ese mensaje electrónico de datos."¹³

En cada uno de estos ejemplos, el razonamiento implícito en el lenguaje es que hay suficiente consenso fuerte sobre lo que significa como para que no se necesite definir el término. Por otro lado, no hay lenguaje en el texto que limite la comunicación regulada a lo que normalmente se conoce como "*e-mail*". Otras leyes, aunque similarmente evitan una definición formal, de todos modos toman el paso de igualar el correo electrónico con cartas y otros documentos tradicionales.¹⁴

⁷ *Canada Personal Information Protection and Electronic Documents Act* (2000), Parte 2.

⁸ Vea generalmente, *Canada Evidence Act*, §§31 al 31.8.

⁹ *Australia Customs Act* 1901, § 4.

¹⁰ *Australia Customs Act* 1901, §243W

¹¹ Excepto quizás por referencia a otra ley; en este caso vea 4.4 infra.

¹² Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) – Artículo 6 (1) (1996) de la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico.

¹³ *Philippines Electronic Commerce Act* Artículo 6 (2000)

¹⁴ Vea, por ejemplo, el Artículo 49 del Código de Comercio de México, que requiere retener "cartas, telegramas, mensajes de datos y cualquier otro documento. . . ."

La Administración de Archivos y Registros Nacionales de los Estados Unidos (NARA), acusada en una famosa serie de casos legales para definir sus responsabilidades en cuanto al correo electrónico y otros documentos electrónicos, siendo una parte con un gran incentivo para resolver rotundamente el asunto, usa una táctica similar pero un poco más definitiva en sus regulaciones sobre la administración de expedientes electrónicos y define un "mensaje de correo electrónico" y "sistema de correo electrónico" de esta manera:

"Mensaje de correo electrónico. Documento creado o recibido en un sistema de correo electrónico que incluye notas breves, documentos más formales y substancialmente narrativos, y cualquier adjunto, como por ejemplo un documento en procesador de palabras y otros documentos electrónicos que se pueden transmitir con el mensaje".

"Sistema de correo electrónico. Aplicación de computadoras usada para crear, recibir y transmitir mensajes y otros documentos. De esta definición se excluyen las utilidades para transferencia de archivos (programa de computadoras que transmite archivos entre los usuarios pero que no retiene ningún dato de transmisión), los sistemas de datos usados para recopilar y procesar datos organizados en archivos de datos o bases de datos, ya sea en computadoras personales o computadoras centrales (*mainframe*), y documentos en procesador de palabras que no se han transmitido en un sistema de correo electrónico".¹⁵

Esta definición por lo tanto *incluye* el adjunto en el "mensaje de correo electrónico", pero *excluye* las utilidades de transferencia de archivos que no capturan los metadatos; y la transferencia interna de datos dentro de las estructuras de las bases de datos.

Las decisiones en casos legales son similares. Las decisiones en dos casos de gran influencia en los Estados Unidos, *Armstrong v. Executive Office of the President*¹⁶ y el *Public Citizen v. Carlin*¹⁷ analizaron extensamente si el correo electrónico es un récord público de acuerdo con las leyes, cuál es el deber legal apropiado del archivero federal con respecto al correo electrónico y otros asuntos sobre los aspectos legales del correo electrónico, pero sin llegar a definir el objeto que tanto analizaron. Es importante notar, sin embargo, que la observación de la corte en el caso *Armstrong* fue que el correo electrónico a menudo no se puede distinguir de cartas y otra correspondencia en cuanto al contenido --es, en muchas ocasiones, una versión electrónica de una carta o memorando. La corte decide que esta comparación, junto con una corta descripción de las características del correo electrónico --transmisión, recibo y demás-- es adecuada como base para decidir los asuntos legales importantes que están en juego.¹⁸

La combinación creada por estas autoridades define el correo electrónico como una clase amplia de comunicación electrónica. En base tanto a las definiciones operacionales como legales, se puede decir que un mensaje de correo electrónico tiene los siguientes atributos requeridos:

- Es una transmisión electrónica discreta (es decir, no es continua);
- de una comunicación;

¹⁵ 36 C.F.R. §1234.2

¹⁶ *Armstrong v. Executive Office of the President*, 1 F.3d 1274 (D.C.Cir. 1993).

¹⁷ *Public Citizen v. Carlin*, 184 F.3d 900 (DC Cir., 1999).

¹⁸ *Armstrong v. Executive Office of the President*, en la nota al calce 4.

- a uno o más destinatarios específicos;
- a través de un sistema de computadoras o Internet;
- que es capturado por las computadoras que envían y reciben; y
- del cual se crea y guarda un registro electrónico.

Además, los siguientes atributos comúnmente se asocian con los mensajes de correo electrónico, aunque no se requieren para cumplir con la definición.

- Puede ser total o parcialmente un mensaje de texto;
- Puede tener otros objetos de datos electrónicos incluidos como adjunto.

Esta definición un tanto imprecisa tiene mucho significado al analizar el estatus legal del correo electrónico ya que ubica al correo electrónico justamente dentro del ámbito de muchas leyes que gobiernan asuntos como el EDI, las transacciones de comercio electrónico y las firmas electrónicas que no tratan directamente sobre el correo electrónico.

3. El valor del correo electrónico como evidencia

Una de las primeras situaciones legales que enfrentó el correo electrónico fue su admisibilidad en corte. Esto fue por varias razones: Primero, los mensajes electrónicos a menudo son comunicaciones entre dos partes, y ese tipo de comunicación a menudo es parte de un asunto del que surge una disputa legal. Las comunicaciones están por lo tanto relacionadas a la disputa y una o ambas partes podría tener interés en que se admitan como evidencia. Segundo, la admisibilidad de cualquier objeto que pudiera ser evidencia no se relaciona necesariamente con que el mismo reciba sanción legal como “registro” o como otro objeto legal formalmente definido o reconocido. El uso en corte por lo tanto no requirió que se esperara hasta que el resto de las leyes sobre el correo electrónico se desarrollaran por completo.

La admisibilidad en los casos legales no es algo uniforme –un objeto que pudiera ser evidencia, y en particular un objeto cuya admisión se busca por el significado de las palabras que contiene, como a menudo es el caso con un mensaje electrónico-- no es simplemente "admisible" o "no admisible". Más bien, su admisibilidad puede depender de la razón por la que se solicita ser admitido, en qué se basa esa admisión, y la relación entre el objeto y las partes del caso. Los aspectos específicos de esas relaciones se definen en una variedad de leyes escritas, decisiones judiciales, regulaciones y decisiones en casos que potencialmente varían de jurisdicción en jurisdicción. Estas autoridades, a su vez, están gobernadas por la filosofía del sistema legal en que existen. Dentro de una jurisdicción, también pueden existir diferentes tipos de acciones legales –demandas, acciones regulativas o tribunales administrativos-- cada cual con diferentes estándares de admisibilidad.

Hay elementos comunes entre las jurisdicciones de derecho civil y derecho consuetudinario en cuanto a esto, pero también algunas diferencias fundamentales.

3.1. Jurisdicciones de derecho civil

En las jurisdicciones de derecho civil, a los comercios comúnmente se les requiere por ley mantener un conjunto de registros de negocio que contienen expedientes específicos tales como libros mayores y libros diarios de contabilidad. Además, a menudo se les requiere por ley mantener la correspondencia comercial enviada y recibida, incluyendo el correo electrónico:

“Los comerciantes deberán preservar por diez años una copia original de cartas, telegramas, mensajes de datos o cualquier otro documento en que se formalicen contratos, o que contengan convenios o compromisos que establezcan derechos u obligaciones contractuales.”¹⁹

El requisito de mantener adecuadamente los archivos comúnmente es respaldado por el formidable incentivo de ser posible evidencia:

"Las cuentas debidamente mantenidas²⁰ se pueden aceptar en las cortes como prueba entre comerciantes con respecto a los instrumentos de comercio.

Si las cuentas no se han mantenido debidamente, el autor no puede hacer referencia a ellas para su propio beneficio."²¹

Por lo tanto, no mantener los archivos comerciales como lo requiere la ley significa que el oponente puede usar como evidencia los expedientes de una organización, pero la organización no lo puede hacer. La clave para la admisibilidad de un correo electrónico para el beneficio propio es cumplir con las formalidades que se requieren –si los mensajes no fueron adecuadamente mantenidos, la corte tiene el poder de rechazarlos como evidencia a favor de su autor, a la vez que posiblemente los puede admitir a favor del oponente. En el caso de objetos de datos similares a correspondencia, tales como un mensaje de correo electrónico, esto puede incluir el requisito de que la correspondencia se mantenga en orden cronológico, o que se mantenga electrónicamente de acuerdo con requisitos técnicos específicos.²²

Más allá de estos requisitos técnicos, sin embargo, la admisibilidad de un objeto de datos como un correo electrónico es comparativamente simple en las jurisdicciones de derecho civil. A diferencia de las jurisdicciones de derecho común, con sus reglas en cuanto al “testimonio de oídas” (*hearsay rules*) y otros requisitos técnicos para la admisibilidad de evidencias (descritos en adelante), las cortes de derecho civil están ampliamente dotadas con el poder de recibir y tener en cuenta cualquier evidencia que consideren es necesaria para resolver la disputa que se

¹⁹ Código de Comercio de México, Artículo 49.

²⁰ En el resto de este código, el requisito legal de mantener los archivos se extiende a los archivos requeridos (es decir, libros mayores, libros diarios y otros documentos formales de contabilidad) y a los “documentos de apoyo”.

²¹ Código de Comercio de Francia, Artículo L123-23.

²² Vea, por ejemplo, el Código de Comercio de México, Artículo 49, que permite la retención de correspondencia comercial en forma electrónica siempre y cuando la retención cumpla con el requisito de los estándares técnicos pertinentes establecidos en las Normas Oficiales Mexicanas.

les ha presentado. Por lo tanto, es de rutina que estas cortes usen los *e-mails* cuando no existe una autorización legal explícita.²³

3.2. Jurisdicciones de derecho consuetudinario

Las jurisdicciones de derecho consuetudinario, en contraste, generalmente no imponen un criterio fijo sobre la admisión de expedientes comerciales meramente porque su mantenimiento no cumplió con un requisito técnico. Independientemente de las circunstancias de su mantenimiento, es al menos potencialmente admisible si su valor probatorio es suficiente como para superar cualquier duda sobre su veracidad. Por otro lado, el derecho consuetudinario requiere que cualquier objeto de evidencia que no sea testimonio en vivo supere una serie de pruebas antes de ser admitido en corte. Estas pruebas se relacionan con la regla de “testimonio de oídas” del derecho consuetudinario.

Regla sobre el testimonio de oídas (Hearsay Rule). En el derecho consuetudinario inglés, solamente se permitía el testimonio en vivo. Las declaraciones hechas fuera del tribunal no se podían presentar como evidencia:

"La evidencia sobre una declaración previa hecha por una persona no es admisible para probar la existencia del hecho que la persona tuvo la intención de afirmar al hacer la declaración."²⁴

Cuando los documentos escritos se convirtieron en un elemento relacionado con las disputas legales, se consideraron como declaraciones hechas fuera del tribunal, y por lo tanto eran “testimonio de oídas” y no admisibles. A medida que los litigios se han vuelto más complejos, ha surgido un número de excepciones al testimonio de oídas que permiten la admisión de documentos como evidencia. Sin embargo, que los documentos escritos no sean admisibles es la posición predeterminada del derecho consuetudinario: “[Si un] documento ha de ser admitido como evidencia de que la declaración que contiene es verdadera, se tiene que demostrar que cumple con una de las excepciones a la regla del testimonio de oídas.”²⁵

Con el paso del tiempo, un número de excepciones a la regla del testimonio de oídas (o soluciones en forma de definición que declaran la excepción como algo que no es testimonio de oídas) aplicables a documentos y expedientes se ha desarrollado mediante la aprobación de leyes, resoluciones de tribunales o decisiones de casos legales. Varias se relacionan a un análisis del correo electrónico:

²³ *Vea, por ejemplo*, el caso *Atlantic Container Line and Others v Commission*, T191/98 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Primera Instancia 2003) (e-mail como evidencia en una disputa comercial); *Pflugrad v BCE*, T178/00 (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal de Primera Instancia 2002) (e-mail como evidencia en una disputa sobre empleo);

²⁴ *Australia Evidence Act 1995*, § 59.

²⁵ *R. v. Schwartz*, 2 S.C.R. 443, Tribunal Supremo de Canadá (1988) para. 58.

Expedientes comerciales: Esta excepción, que existe en varios estilos como la “*shopbook rule*” o “excepción de los expedientes comerciales”, permite presentar como evidencia registros y documentos creados durante el curso normal de una actividad o iniciativa comercial.²⁶

Admisiones/Confesiones: Esta familia de excepciones es el vehículo más común para admitir el correo electrónico, dada la naturaleza de la evidencia --estas son declaraciones usadas contra la persona que las hizo.²⁷

Expedientes oficiales o de gobierno: Esta excepción es similar a la regla de los expedientes comerciales, excepto que aplica a expedientes creados en el cumplimiento de los deberes oficiales del gobierno.²⁸

Documentos con importancia legal independiente: Artículos tales como contratos o escrituras, porque debido a su naturaleza inherente dan lugar a obligaciones o derechos legales.

Para cada tipo de excepción, se tiene que comprobar en la corte (excepto en casos donde la admisión no sea cuestionada o estipulada) que el objeto de evidencia cuya admisión se está buscando cumple con los criterios aplicables a esa excepción. Por ejemplo, en la mayoría de las jurisdicciones de los Estados Unidos, la admisión de un documento como expediente comercial requiere que el proponente compruebe que el documento fue hecho:

- al instante o cerca del instante en que ocurrió el evento que registra;
- por una persona con conocimiento del evento;
- como parte de un sistema regular de expedientes;
- en el cual la práctica regular era hacer este tipo de expediente.²⁹

La prueba se realiza normalmente mediante testimonio de un testigo cualificado, y se logra cuando el juez que preside está satisfecho con el testimonio ofrecido.

En el caso de expedientes electrónicos tales como el correo electrónico, se pueden requerir pruebas adicionales:

"Cualquier persona que busque admitir un documento electrónico como evidencia tiene la carga de comprobar su autenticidad mediante evidencia capaz de respaldar una decisión de que el documento electrónico es lo que afirma ser."³⁰

Esto puede requerir una ronda adicional de testimonios para establecer las condiciones bajo las cuales el expediente se creó o se almacenó, o para establecer que el expediente electrónico fue en realidad creado o enviado por el remitente que se afirma.³¹ Por lo tanto, la parte que busca

²⁶ Veá, por ejemplo, *Canada Evidence Act* § 30.

²⁷ Veá, por ejemplo, *Australia Evidence Act 1995* § 81 y siguientes.

²⁸ Veá, por ejemplo, *Id.* § 153 y siguientes.

²⁹ Estados Unidos, *Uniform Rules of Evidence*, Regla 803(6), en vigencia en las cortes federales y en 46 de los 50 estados.

³⁰ *Canada Evidence Act*, § 31.1.

³¹ Veá, por ejemplo, el caso *People v. Bovio*, 455 N.E.2d 829 (Ill. App. 1983) (Estados Unidos), que requirió testimonio extensivo de fundamento (trasfondo) sobre la naturaleza de un sistema de computadoras como

admitir un correo electrónico tiene que típicamente cumplir con dos estándares: primero, que el contenido del documento cumpla con los criterios de una excepción al testimonio de oídas, y segundo, que el correo electrónico en sí y el sistema en que fue creado cumplan con los criterios locales para la admisión de expedientes electrónicos.

Las reglas en vigencia pueden contener disposiciones con el propósito explícito de facilitar la admisión de expedientes electrónicos:

"(1) Escritos y grabaciones. "Escritos" y "grabaciones" son cartas, palabras o números, o su equivalente, escritos a mano, en máquina de escribir, impresos, en copia fotostática, fotografiados, por impulso magnético, grabación mecánica o electrónica u otra forma de compilación de datos.

* * * * *

(3) Original. Un "original" de un escrito o grabación es el escrito o grabación de por sí o cualquier duplicado con el propósito de tener el mismo efecto por la persona que lo ejecuta o lo emite. Un "original" de una fotografía incluye el negativo o cualquier reproducción impresa del mismo. Si los datos están guardados en una computadora o dispositivo similar, cualquier impresión o reporte legible a la vista, que se demuestre que tiene los datos de manera exacta, se considera un "original".

(4) Duplicado. Un "duplicado" es una copia producida por la misma impresión que el original, o de la misma matriz, o por medios fotográficos, incluidas las ampliaciones o reducciones, o por regrabación mecánica o electrónica, o por reproducción química, o por otras técnicas equivalentes que de manera exacta reproduzcan el original."³²

Tal lenguaje coloca a los documentos electrónicos a la par con sus contrapartes en papel, y por lo tanto reduce el peso de admisibilidad en gran parte a uno que asegure que la evidencia cumple con los requisitos de una de las excepciones a la regla de testimonios de oídas. También existe, a veces, lenguaje cuya intención es directamente facilitar la admisión de objetos tales como el correo electrónico:

La regla de testimonio de oídas no aplica a una declaración contenida en un documento que registre un mensaje transmitido por correo electrónico o por fax, telegrama, cartagrama o télex al grado en que la declaración sea una representación de:

- (a) la identidad de la persona de quien o a nombre de quien el mensaje fue enviado; o
- (b) la fecha o la hora en la cual el mensaje fue enviado; o

prerrequisito para admitir los expedientes electrónicos. Note además que la mayoría de este requisito se ha eliminado desde entonces.

³² Colorado (Estados Unidos). Resoluciones del Tribunal, Reglas de Evidencia, Regla 1001.

(c) el destino final del mensaje o la identidad de la persona a quien se dirigió el mensaje.³³

Esto una vez más elimina una porción de la prueba necesaria para que un correo electrónico sea evidencia. El Reino Unido ha ido aún más lejos, eliminando la regla de testimonio de oídas por completo en los procedimientos civiles: "En los procedimientos civiles la evidencia no será excluida por razón de ser testimonio de oídas."³⁴

Lo anterior es necesariamente una discusión algo general. Hay un número de jurisdicciones de derecho consuetudinario en el mundo, y colectivamente emplean un número de leyes, reglas y fallos en este tema. Además, muchos de los países más grandes con derecho consuetudinario están asimismo divididos en provincias, estados u otras subdivisiones, cada una con tribunales autónomos y legislaturas, y cada una de estas a su vez tiene sus propias reglas en cuanto a la evidencia. Resolver preguntas precisas de admisibilidad en cualquier jurisdicción requerirá que se recurra a la ley aplicable de esa jurisdicción o subjurisdicción. En la práctica, sin embargo, los tribunales de derecho consuetudinario han admitido el correo electrónico como evidencia en una amplia variedad de circunstancias. Los tribunales canadienses lo han admitido en disputas sobre contratos,³⁵ como evidencia en casos criminales³⁶ y en casos domésticos³⁷ entre otras situaciones. Los tribunales canadienses también han concluido que los correos electrónicos recuperados son potencialmente admisibles aun cuando la recuperación sea incompleta, dejando espacios en el texto.³⁸

Los tribunales en otras jurisdicciones ven el correo electrónico de manera similar. Australia,³⁹ Nueva Zelanda,⁴⁰ Estados Unidos⁴¹ y el Reino Unido⁴² todos tienen cuerpos extensos de

³³ *Australia Evidence Act 1995*, § 71.

³⁴ Reino Unido, *Civil Evidence Act 1995* § 1.

³⁵ *Vea, por ejemplo, el caso Champion International Corp. v. Sabina (The)*, 2002 FCT 1122 (Tribunal Federal de Canadá, División de Juicios 2002).

³⁶ *Vea, por ejemplo, el caso R. v. Ungaro*, 2003BCPC137 (Tribunal Provincial de Columbia Británica 2003).

³⁷ *Vea, por ejemplo, el caso, K. (K.B.) v. K. (J.L.)*, 2001SKQB573 (Tribunal de Queen's Bench en Saskatchewan 2001).

³⁸ *R. v. Evans*, 2002BCSC1674 (Tribunal Supremo de Columbia Británica 2002).

³⁹ *Vea, por ejemplo, Neat Domestic Trading Pty Limited v AWB Limited* [2003] HCA 35 (Tribunal Superior de Australia 2003) (e-mail como evidencia de negociaciones y obligaciones contractuales); *Haynes v. Hughes* WASCA 146 (Tribunal Supremo de Australia Occidental, Tribunal de Apelaciones 2001) (e-mail como evidencia de posesión ilegal de pornografía).

⁴⁰ *Vea, por ejemplo, The Queen v. Lawrence Roy Hooker* NZCA 208 (Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda 2003) (e-mail como evidencia de tráfico de drogas); *Auckland Regional Council v. John William Sanson* NZCA 313 (Tribunal de Apelaciones de Nueva Zelanda 1999) (e-mail como evidencia de conducta en una disputa sobre empleo).

⁴¹ *Vea, por ejemplo, United States v. Microsoft*, No. 00-5212 (D.C. Cir. 2001) (e-mail como admisión en un caso de antimonopolio); *United States v. Whitesell*, 02-12655 (11th Circuit 2002) (e-mail como evidencia en la fase de sentencia de un caso de pornografía infantil); *People v. Thousand*, No. 220283 (Apelaciones de Michigan 2000) (e-mail como evidencia en un caso de pornografía infantil).

⁴² *Vea, por ejemplo, Coopers Payen Ltd & Anor v. Southampton Container Terminal*, EWCA Civ. 1223 (Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Civil) 2003) (e-mail como evidencia en una demanda por daños y perjuicios de un accidente industrial); *Snowstar Shipping Company Ltd. v. Graig Shipping Plc & Anor* EWHC 1367 Comm. (Tribunal de Apelaciones de Inglaterra y Gales (División Comercial) 2003) (e-mail como evidencia en una disputa contractual).

jurisprudencia en los que el correo electrónico ha sido presentado con éxito como evidencia en una variedad de situaciones para una variedad de propósitos.

3.3. Procedimientos y entornos administrativos

La discusión anterior contempla un litigio real en el entorno formal de una corte. Existen, además, un número de otros entornos legales y cuasi legales en los que se toma evidencia y se dicta sentencia. Estos incluyen tribunales judiciales de bajo nivel tales como las audiencias por revocación de licencias de conducir, juntas administrativas tales como las juntas de zonificación y planificación y otros cuerpos encargados de otorgar permisos, y otras entidades que toman decisiones tales como administradores de beneficios de gobierno, juntas de impuestos y otras por el estilo. Cada jurisdicción legal en el mundo desarrollado –nacional, provincial y local- las tiene, y las jurisdicciones de mayor tamaño tienen cientos de ellas. En jurisdicciones como Canadá, Estados Unidos y Australia, cada una de las provincias o estados cuenta con su propio cuerpo legal, complicando más las cosas. Como los tribunales, estos cuerpos reciben evidencia y dictan fallos, a menudo en asuntos importantes. Por lo tanto, sus reglas y prácticas en cuanto a la evidencia son importantes.

El número de jurisdicciones y el número de tales entidades no permite formular una regla general en lo que respecta al uso de correo electrónico como evidencia en las mismas. Pueden estar gobernadas por las estipulaciones de un conjunto general de reglas aplicables a todos los cuerpos de ese tipo dentro de la jurisdicción,⁴³ o pueden estar gobernadas por un conjunto específico de reglas que solamente aplican al cuerpo en cuestión. Tales reglas pueden ser definitivamente estrechas:

"5.04 (1) Si se inicia un procedimiento por o contra una sociedad usando el nombre de la compañía, cualquier otra parte puede hacer entrega de un aviso requiriendo que la sociedad divulgue inmediatamente por escrito los nombres y direcciones de todos los socios de la sociedad a la hora especificada en el aviso; si la dirección actual de un socio es desconocida, la sociedad divulgará la última dirección conocida. O. Reg. 258/98, r. 5.04 (1).

Uso del correo electrónico

(1.1) La divulgación requerida por la subregla (1) se puede hacer por correo electrónico como lo estipula la regla 8.09 si la persona que realiza la divulgación tiene derecho a usar documentos electrónicos en el procedimiento bajo la regla 1.06. O. Reg. 461/01, s. 4 (1)."

⁴⁴

En este ejemplo, el uso de correo electrónico se permite para una notificación *específica* a una clase *específica* de partes bajo circunstancias *específicas*, todas aplicables solamente a ese

⁴³ Por ejemplo, la Ley de Procedimientos Administrativos, que existe en la mayoría de las jurisdicciones estadounidenses, contiene reglas por las que los cuerpos administrativos de la jurisdicción tienen que conducir las audiencias, recibir evidencia y emitir decisiones.

⁴⁴ Regulación 258/98 de Ontario (Canadá), Reglas del Tribunal de Reclamos Menores, Regla 5.04.

tribunal en esa jurisdicción. Esto es común: muchos de estos cuerpos operan bajo sus propias reglas de práctica y procedimiento. Este patrón de subdivisión y especificidad requiere que las reglas aplicables para el tribunal o cuerpo en cuestión sean consultadas antes de emitir un fallo sobre la aceptabilidad de un correo electrónico o artículos similares ante ese cuerpo o tribunal en particular. A pesar de esta complejidad, es posible declarar como una propuesta general que tales cuerpos tengan reglas más relajadas e informales en cuanto a la presentación de evidencia que los tribunales:

"Este tipo de tribunal [tribunales disciplinarios profesionales] debe ser imparcial en los procedimientos pero no está limitado por los procesos y procedimientos formales desarrollados por las cortes ni necesariamente se tiene que acatar a reglas estrictas de evidencia."⁴⁵

"Dado que los tribunales administrativos están a cargo de asuntos de evidencia, pueden permitir cualquier evidencia, aunque sea indirecta. Como regla general, la evidencia como testimonio de oídas es admisible ante los tribunales cuasi judiciales siempre y cuando cumplan con las reglas de justicia natural."⁴⁶

Por lo tanto, como propuesta general, el uso de correo electrónico para propósitos de evidencia ante tales cuerpos sería al menos tan fácil, y en muchos casos más fácil, que en las cortes de la misma jurisdicción.

3.4. Conclusión -- Evidencia

Aunque los registros electrónicos pasaron por un largo periodo en el que su aceptación en casos legales estuvo sujeta a ataque o limitaciones, el correo electrónico como fenómeno legal apareció relativamente tarde en ese proceso. Para ese entonces, la aceptación de registros electrónicos se había establecido en gran parte, y había surgido una generación de usuarios familiarizados con la tecnología electrónica satisfechos con la confiabilidad del correo electrónico. El correo electrónico actualmente se trata casi como cualquier otro documento de evidencia: puede ser sujeto a requisitos de prueba en cuanto a su autenticidad o confiabilidad; y tiene que cumplir con cualquier criterio de evidencia pertinente como lo son las reglas de testimonio de oídas. Si esto se hace, los tribunales parecen no tener mayor inconveniente en aceptar el correo electrónico como evidencia. Las decisiones recientes de todas las jurisdicciones son de notar por la fácil aceptación del correo electrónico por parte de la corte y los litigantes. Los correos electrónicos se tratan casi como cualquier otro documento o admisión, y se dedica poco o ningún tiempo a cuestionar si un correo electrónico es un medio apropiado de evidencia.

⁴⁵ O'Neil, Nick, "Tribunals - They need to be different" (Tribunales – Necesitan ser diferentes) Instituto Australiano de Administración Judicial, Cuarta Conferencia Anual de Tribunales AIJA.

⁴⁶ Junta de Árbitros de Canadá, *Tribunal Proceedings*, 3.3.6., para. 3, www.ei-ae.gc.ca/board/tribunal/Thome_e.shtml.

4. El correo electrónico como registro de transacción

Un tema de considerable importancia relacionado con el correo electrónico en el contexto de retención de registros es el de las transacciones de EDI (intercambio electrónico de datos). Las interfaces, correo electrónico y dispositivos similares de Internet permiten realizar transacciones comerciales de muchos tipos que se pueden conducir total o parcialmente por medio del EDI. Puede haber, como en el caso de las transacciones de "apuntar y hacer clic", un lenguaje formal contractual prescrito en la transacción, así como documentos más formales con el formato de formularios de pedidos en pantalla que se deben rellenar y así sucesivamente, y también mensajes electrónicos de confirmación. Por otro lado la transacción pudiera además consistir enteramente en mensajes electrónicos tradicionales que documentan las distintas partes de la transacción—oferta, aceptación y términos definidos—requeridos para crear una relación legal obligatoria. En cualquier caso, la transacción presenta ciertas dificultades desde el punto de vista de una verificación tradicional de transacciones.

- Es un problema autenticar la parte al otro lado de la transacción: las partes no están frente a frente, y pueden hasta ser personas desconocidas.
- Las pruebas tradicionales que establecen que las comunicaciones de la transacción provienen de la parte que supuestamente las emitió son similarmente problemáticas;
- Los tribunales podrían no reconocer que una transacción basada en EDI establece una relación vinculante;
- Muchas transacciones relacionadas con el EDI se conducen total o parcialmente en sistemas automatizados (como, por ejemplo, los procesos antes mencionados de apuntar y hacer clic), y esto crea duda de si la oferta y aceptación han ocurrido en el sentido tradicional. Esto nuevamente crea incertidumbre sobre la existencia de una relación vinculante.

La incertidumbre que surge de estos asuntos no sirve para prohibir explícitamente el comercio ni los contratos electrónicos, ni el uso del correo electrónico para conducir negocios de gobierno. No hay requisito general de que los contratos tienen que ser "escritos" ni basados en papel en las jurisdicciones de derecho civil o derecho consuetudinario, ni tampoco existe un requisito legal fundamental de que los negocios del gobierno o contactos con el gobierno se tienen que conducir en papel. La novedad de la tecnología, sin embargo, creó incertidumbre en cuanto al estatus legal de estas transacciones cuando se realizan por medio de:

Contratos "escritos": Aunque no hay una prohibición general sobre contratos no escritos o verbales, existen algunas situaciones en las que (en algunas jurisdicciones) se requiere un escrito para poder crear un contrato que se pueda hacer cumplir. Estas incluyen:

- Contratos de empleo –muchas jurisdicciones requieren que los contratos de empleo sean por escrito;⁴⁷
- Contratos de venta de más de cierto valor monetario;⁴⁸

⁴⁷ *Vea, por ejemplo,* Ley de Condiciones Básicas de Empleo en Sudáfrica § 29; Ley de Protección de Empleo de Suecia § 6A, entre otras.

- Contratos para la venta de bienes inmuebles.⁴⁹

La pregunta que surge en esta situación es si el correo electrónico u otro EDI constituye un “escrito” suficiente para cumplir con este requisito.

Firmas: En algunas situaciones, una comunicación tiene que contener una firma para ser válida u obligatoria. La preocupación en este caso es que una “firma” creada o transmitida por EDI podría no ser obligatoria de la manera en que lo es una firma hecha a mano.

Simultaneidad: Cualquier transacción en la que las partes no se están comunicando en tiempo real presenta un interrogante legal en cuanto a la simultaneidad: ¿En qué momento ocurrió cada acción? Muchas transacciones dependen en gran medida de los plazos, y el momento preciso de la aceptación de una oferta, o del retiro de esa oferta, podría ser muy crítico en caso de una disputa posterior.

Estas incertidumbres se han resuelto mediante la aplicación de varios dispositivos legales. Algunas han incluido nuevas leyes o conceptos legales. Otras han sido reexaminadas o aplicaciones nuevas de leyes y doctrina existentes.

4.1. El correo electrónico como “escrito” o “registro”

Tanto el derecho civil como el derecho consuetudinario han considerado tradicionalmente que un “escrito” es un objeto consignado en papel. No obstante, no es nuevo el ataque tecnológico a la perspectiva de la ley de considerar que se trata de un objeto en papel. La invención del telégrafo, y su uso inmediato en asuntos comerciales, presagió los asuntos legales relacionados con el correo electrónico. Analíticamente, un mensaje telegráfico es similar a un *e-mail* –los datos se introducen en un extremo, se codifican y transmiten electrónicamente a un destinatario y se vuelven a ensamblar en el punto de recibo en un registro continuo para entrega y lectura. Por lo tanto, en situaciones donde la ley contempla el uso de mensajes de telégrafo, el ‘salto’ conceptual al uso del correo electrónico es muy corto.

Hace bastante tiempo que las leyes han contemplado y autorizado explícitamente el uso de mensajes de telégrafo en transacciones comerciales y otras transacciones legalmente importantes, generalmente de una manera que lo hace equivalente a un escrito originado en papel:

"Los contratos comerciales se pueden comprobar por: . . . Correspondencia escrita y telegráfica"⁵⁰

⁴⁸ *Por ejemplo*, El Código Comercial Uniforme (aprobado como ley en muchas jurisdicciones de los Estados Unidos) § 2-201 (cualquier contrato para la venta de artículos valorados en más de \$500 será evidenciado por un escrito " suficiente para indicar que se ha celebrado un contrato de venta entre las partes y firmado por la parte contra la que se busca cumplimiento o por su agente o intermediario autorizado".)

⁴⁹ La llamada *Ley de Fraudes*, originalmente una ley inglesa (29 Car. II c.3) adoptada en alguna forma por la mayoría de los Estados Unidos, y que estipula que ciertas clases de contrato no se pueden hacer cumplir a menos que sean evidenciadas por un escrito firmado por la parte contra la cual se busca cumplimiento o su agente.

⁵⁰ Código de Comercio de Argentina, § 208.

o

El término “receta” como . . . significa una orden para drogas o medicamentos o combinaciones o mezclas de los mismos, escrita o firmada por un médico debidamente licenciado, [u otro profesional de atención médica] . . . transmitida a farmacéuticos verbalmente, por teléfono, telégrafo u otro medio de comunicación . . . y tales recetas recibidas verbalmente, por teléfono, telégrafo u otro medio de comunicación deberán ser registradas por escrito por el farmacéutico y el registro creado de esta manera por el farmacéutico se convertirá en la receta original a ser despachada por el farmacéutico . . .

⁵¹

Para tales estipulaciones, no toma mucho incluir el correo electrónico de la misma manera meramente incluyéndolo en la lista de comunicaciones aprobadas, o mediante interpretación legal que establezca que el correo electrónico es equivalente a la comunicación telegráfica o que encuentre su inclusión implícita en la lista de “otros” medios de comunicación. Las estipulaciones tales como esta:

“Los comerciantes deberán preservar por diez años una copia original de cartas, telegramas, mensajes de datos o cualquier otro documento en que se formalicen contratos, o que contengan convenios o compromisos que establezcan derechos u obligaciones contractuales.”⁵²

pasaron por este preciso proceso –el término “mensaje de datos” simplemente fue añadido a una estipulación mucho más antigua, con la intención clara de incluir el correo electrónico en una clase amplia de correspondencia comercial que incluye cartas tradicionales y telegramas.

Otras leyes aprobadas y enmiendas contemplan más explícitamente o autorizan el correo electrónico como una alternativa aceptable a los métodos tradicionales en papel. Por lo tanto, por ejemplo, una ley que exige que el reporte de revocación de la licencia de conducir se haga en el “formato aprobado por el funcionario encargado” fue enmendada para establecer que se hiciera “en cualquier formato aprobado por el funcionario encargado”, y la entrega fue autorizada “en cualquier formato, incluidos los electrónicos o de otro tipo, que el funcionario encargado considere apropiados.”⁵³ Una corte de revisión concluyó que estas revisiones demostraron la intención obvia de la legislatura de permitir la transmisión del reporte por correo electrónico y medios similares.⁵⁴

Otras regulaciones extienden el concepto del correo electrónico como documento escrito a situaciones que rigen la retención obligatoria de documentos escritos, requiriendo así la retención obligatoria del correo electrónico. Esto posiblemente será el caso cuando el encargado del correo electrónico sea un fiduciario u otro profesional cuyas comunicaciones con clientes tienen un impacto financiero o legal considerable, o cuya posición dé lugar a la posibilidad de

⁵¹ Leyes de Nueva Jersey (Estados Unidos), § 45:14-14.

⁵² Código de Comercio de México, Artículo 49.

⁵³ 90 M.G.L. § 24(1)(f)(1), (Massachusetts, Estados Unidos).

⁵⁴ *Doherty v. Registry of Motor Vehicles*, (No. 97CV0050 Suffolk D.C. 2001) (Massachusetts, Estados Unidos).

influencia indebida, fraude u otras violaciones de sus deberes para con el cliente. Por ejemplo, la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (SEC por sus siglas en inglés), requiere bajo regulación que sus asesores de inversión retengan:

"Los originales de todas las comunicaciones escritas recibidas y copias de todas las comunicaciones escritas enviadas por el asesor de inversión en relación a (i) cualquier recomendación hecha o que propone hacer y cualquier asesoría ofrecida o que propone ofrecer, (ii) cualquier recibo, distribución o entrega de fondos o valores, o (iii) la presentación o ejecución de cualquier pedido para comprar o vender cualquier valor."⁵⁵

La misma agencia interpreta que esto significa que:

“Los requisitos de peso y estipulaciones de responsabilidad legal de las leyes sobre valores federales aplican igualmente a los medios electrónicos y a los basados en papel. Por ejemplo, las estipulaciones antifraude de la Ley de Valores y la Regla 10b-5 en virtud de la misma, así como la sección 206 de la Ley de Asesores y las reglas en virtud de la misma, aplican a la información entregada y a las comunicaciones transmitidas electrónicamente, al mismo grado en que aplican a la información entregada en papel.”⁵⁶

Esta tendencia tampoco está limitada a los Estados Unidos. La legislación australiana estipula que, entre los métodos por los que el ministro pertinente puede "darle un documento a una persona" se encuentran la "transmisión por fax, *e-mail* u otros medios electrónicos"; al "último número de fax, dirección de *e-mail* u otra dirección electrónica, según sea el caso, que el destinatario le haya proporcionado al Ministro para el propósito de recibir documentos."⁵⁷ En esta instancia, la analogía con el correo regular es completa: las direcciones electrónicas de todo tipo se tratan como funcionalmente idénticas a sus contrapartes geográficas.⁵⁸

Las decisiones en casos legales usan una táctica similar. En el caso *Armstrong v. Executive Office of the President*,⁵⁹ uno de los primeros casos sobre la preservación del correo electrónico en el contexto de una ley de preservación de registros públicos, concluyó que los mensajes electrónicos “hechos o recibidos por una agencia del gobierno de los Estados Unidos bajo ley federal o en conexión con la transacción de asuntos públicos”; y “preservados o apropiados para ser preservados por esa agencia . . . como evidencia de la organización, funciones, políticas, decisiones, procedimientos, operaciones de la organización u otras actividades del Gobierno o debido al valor informativo de los datos en [los mismos]”⁶⁰ eran definitivamente registros públicos de la misma manera en que lo son otros documentos escritos más tradicionales. Otros

⁵⁵ United States Securities and Exchange Commission, *Rules and Regulations, Investment Advisers Act of 1940*, 17 C.F.R. §275.304-2.

⁵⁶ Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos, Publicación Interpretativa Núm. 33-7288, *Use Of Electronic Media by Broker-Dealers, Transfer Agents, and Investment Advisers for Delivery Of Information*; Ejemplos Adicionales bajo la Ley de Valores de 1933, la Ley de Intercambio de Valores de 1934, y la Ley de Compañías de Inversión de 1940 (9 de mayo de 1996), nota al calce 4. Vea además, *Use of Electronic Media for Delivery Purposes*, Publicación Núm. 33-7233; 34-36345 (6 de octubre de 1995).

⁵⁷ *Australia Migration Act 1958*, § 494B

⁵⁸ Vea también la *Australia Customs Act*, §§ 4 y 243W, notas al calce 12 y 13, supra.

⁵⁹ *Armstrong v. Executive Office of the President*, 1 F.3d 1274 (D.C. Cir. 1993) (Estados Unidos).

⁶⁰ *Armstrong* at 1283.

casos han concluido que el correo electrónico es un escrito en el contexto de una disputa contractual,⁶¹ que un correo electrónico es un "escrito" o "documento" en el contexto de una orden de allanamiento criminal,⁶² que el correo electrónico es "correspondencia" que no se distingue de otra correspondencia para propósitos de una orden de allanamiento,⁶³ y que el correo electrónico es un "escrito" suficiente como para satisfacer la ley de fraudes en una transacción de bienes raíces;⁶⁴ y que como se observa en la sección 3.1. arriba, el correo electrónico ha sido aceptado como evidencia sin análisis en muchos otros casos.⁶⁵

Los cuerpos de tanto el derecho como la jurisprudencia no han abarcado todas las posibilidades en este asunto --hay muchas situaciones en las que el problema no se ha resuelto explícitamente, o donde el lenguaje de una ley en particular o regulación pudiera conducir a un resultado contrario. Sin embargo, parece que ha surgido un consenso: Cuando no hay una intención legislativa clara en contrario, un mensaje electrónico es un objeto "escrito", y por lo tanto está sujeto a las mismas reglas y doctrinas que los documentos escritos más tradicionales.

4.2. El correo electrónico como registro gubernamental o público

Muchas de las leyes, regulaciones y casos judiciales que se citan arriba incluyen registros públicos, y la pregunta de si el correo electrónico o EDI es un medio adecuado para registrar ese tipo de transacción. Eso no es de gran sorpresa: los registros de gobierno, las radicaciones requeridas ante el gobierno y los contactos "escritos" con el gobierno están todos sujetos a varias leyes de archivos y registros, y además de su uso en planes regulativos y de cumplimiento, a menudo están sujetos al escrutinio público porque existen leyes sobre registros abiertos. Lo que complica la resolución del problema de registros públicos son dos factores: el número de agencias individuales o cuerpos que pueden potencialmente usar o recibir correos electrónicos; y el hecho de que estos cuerpos pueden tener reglas y restricciones individualizadas sobre los métodos de comunicación que se pueden usar con ellos. Se puede establecer como regla general, sin embargo, que el correo electrónico ya sea como mensajes internos entre empleados de gobierno o mensajes recibidos de partes externas, es un registro de gobierno siempre y cuando registre actividades o negocios del gobierno. En el ámbito federal de los Estados Unidos, esto fue definitivamente establecido en el caso *Armstrong vs. Executive Office of the President*, y las regulaciones posteriores de implementación.⁶⁶ Los gobiernos estatales toman una posición similar:

“Los mensajes de correo electrónico son potencialmente registros oficiales del gobierno, y por lo tanto usted debe contar con que el correo electrónico será parte de su estrategia para la administración de registros electrónicos. El medio es irrelevante. El contenido del

⁶¹ *Cloud Corp. v. Hasbro, Inc.*, No. 02-1486 (7th Cir. 2002) (Estados Unidos) (concluyó que un *e-mail* es un "escrito" que satisface la ley de fraudes). *Vea*, 4.1. supra, y la nota al calce 52.) .

⁶² *United States v. Wong*, Núm. 10070 (9th Cir. 2003) (Estados Unidos).

⁶³ *State v. Roesing*, CR00103351 (Tribunal Superior Connecticut. 2001) (Estados Unidos).

⁶⁴ *Shattuck v. Klotzbach*, 2001 Mass. Super. LEXIS 642, Núm. 011109A, 2001 WL 1839720 (Tribunal Superior Massachusetts 2001) (Estados Unidos).

⁶⁵ *Vea*, Se. 3.1 supra, y las notas al calce 42-46.

⁶⁶ *Vea* la nota al calce 60, supra. *Vea también* las regulaciones de implementación de NARA en 36 C.F.R. Part 1234.

mensaje determina si es un registro o no; el contenido determina a qué serie de registros pertenece, y el contenido determina cuánto tiempo es necesario retener el mensaje."⁶⁷

Los Archivos Nacionales de Australia asumen una posición similar:

"Todos los datos digitales creados o recibidos durante la operación de los asuntos del Commonwealth de Australia son registros de ésta bajo la Ley de Archivos de 1983 y es necesario administrarlos de acuerdo a esa Ley. Las agencias gubernamentales del Commonwealth de Australia tienen que administrar los registros electrónicos con el mismo cuidado que administran los registros en papel."⁶⁸

También lo ha hecho Nueva Zelanda:⁶⁹

"La frase '*de cualquier tipo*' establece claramente que la intención de la Ley es cubrir todos los registros públicos sin importar su formato."⁷⁰

Canadá:

"Un mensaje de correo electrónico, incluyendo cualquier documento adjunto electrónicamente, que contiene información creada, recopilada, recibida o transmitida durante el curso normal de los negocios de gobierno, y enviado mediante un sistema de *e-mails*, es un registro."⁷¹

y el Reino Unido.⁷²

Parece que existe poca duda en este momento de que un mensaje electrónico enviado o recibido por el gobierno es considerado como registro público, sujeto a cualquier requisito de administración formal establecido dentro de la jurisdicción. Aparentemente en los años recientes ha habido pocas o ninguna alegación seria en corte contra esta doctrina.

⁶⁷ Archivo Estatal de Minnesota (Estados Unidos), *Electronic Records Management Guidelines*, <http://www.mnhs.org/preserve/records/electronicrecords/eremail.html>.

⁶⁸ Vea el sitio Web del National Archive of Australia/Recordkeeping/Electronic Records, <http://www.naa.gov.au/recordkeeping/er/summary.html>. Vea además el *Australian Guidelines on Managing Electronic Records as Documents* (Normas australianas sobre la administración de registros electrónicos como documentos).

⁶⁹ Vea el Archivo de Nueva Zelanda, *Electronic Records Policy*, http://www.archives.govt.nz/statutory_regulatory/er_policy

⁷⁰ Igualmente en las Preguntas Frecuentes, respondiendo a la pregunta sobre si los registros electrónicos están cubiertos bajo la Ley de Archivos, a pesar de que no se mencionan los registros electrónicos en ningún momento.

⁷¹ Archivo Nacional de Canadá, *E-Mail Management in the Government of Canada* p. 2, http://www.archives.ca/06/060404_e.html.

⁷² Vea generalmente, la Oficina de Registros Públicos del Reino Unido, *e-Government Policy Framework for Electronic Records Management*, <http://www.pro.gov.uk/recordsmanagement/erecords/default.htm>.

4.3. El correo electrónico como herramienta para transmitir información al gobierno

Es más problemática la pregunta sobre si el correo electrónico es un medio de comunicación adecuado para las radicaciones requeridas o la recopilación de información requerida, o para hacer otras transacciones de asuntos "oficiales" con el gobierno. El concepto de "e-gobierno" ha ganado cierto cachet en los años recientes debido a su supuesta eficiencia y, como resultado, muchas agencias gubernamentales ahora recopilan información de varios tipos mediante transacciones de EDI que, en términos de definición y análisis no se pueden distinguir de un *e-mail*. Algunos ejemplos de interés en los Estados Unidos incluyen la Comisión de Bolsa y Valores (SEC), que permite radicar reportes financieros de compañías que cotizan en bolsa mediante su sistema de recopilación, análisis y obtención de datos electrónicos EDGAR (*Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval*),⁷³ y también datos requeridos para una variedad de otras partes reguladas; el Servicio de Rentas Internas (IRS) para una amplia variedad de formularios y datos relacionados con los impuestos.⁷⁴ Una variedad de otras agencias estatales y federales cuentan con sistemas similares.⁷⁵ Hay sistemas similares en uso en otros lugares: La Agencia de Corporaciones de Canadá permite radicar electrónicamente los documentos de las corporaciones,⁷⁶ al igual que la Agencia de Aduanas y Rentas de Canadá,⁷⁷ entre otras. Australia,⁷⁸ Nueva Zelanda,⁷⁹ Hong Kong⁸⁰ y otras jurisdicciones tienen planes similares establecidos. Estos planes consisten en sistemas de correo electrónico dedicados especialmente a la transmisión de la información requerida. Además de estos sistemas dedicados, las agencias gubernamentales también tienen listados extensos de direcciones de correo electrónico para correspondencia general, asesoría, presentación de quejas y otras actividades.⁸¹ Cualquiera de estos vehículos es capaz de transmitir información requerida

⁷³ *Vea el 17 C.F.R. Part 232 sistema de radicación de documentos EDGAR, Regulación S-T General Rules and Regulations for Electronic Filings Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval (EDGAR) system.*

⁷⁴ *Vea, por ejemplo, <http://www.irs.gov/efile/index.html>*

⁷⁵ *Vea, por ejemplo, el sistema electrónico para información sobre impuestos e intercambio de datos de Pensilvania, e-TIDES (Electronic Tax Information and Data Exchange System), <http://www.etides.state.pa.us> (radicación de impuestos); Secretario de Estado de California, http://www.ss.ca.gov/prd/electronic_filing_info.htm (entre otros, informes de cabildeo, contribuciones políticas); Comisión de Impuestos del Estado de Idaho, <http://www2.state.id.us/tax/filing.htm> (radicación de impuestos); Agencia de Protección Ambiental de Georgia, <http://www.ehso.com/stategaenvforms.php> (radicación de informes sobre desperdicios tóxicos), entre muchos otros.*

⁷⁶ *Vea, Centro de Radicación Electrónica de Corporaciones de Canadá, http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/corpdire/corpFiling/engdoc/index.html*

⁷⁷ *Vea, <http://www.cra-adrc.gc.ca/eservices/tax/business/efile/menu-e.html>.*

⁷⁸ *Vea, por ejemplo, el Tribunal Federal de Australia, <https://www.efiling.fedcourt.gov.au/fedcourt/WelcomeToFedCourtEFS.htm> (radicaciones ante cortes); IP Australia, http://www.ipaustralia.gov.au/about/site_privacy.shtml (radicaciones de propiedad intelectual), entre otros.*

⁷⁹ *Vea, como ejemplo, el Sistema de E-file de Rentas Internas de Nueva Zelanda en <http://www.taxweb.co.nz/efile.htm> (radicación de impuestos).*

⁸⁰ *Vea, como ejemplo, el Sistema de Radicación Electrónica Financiera de Hong Kong en <http://man.aect.cuhk.edu.hk:10080/help/about.phtml> (radicación financiera requerida).*

⁸¹ *Como ejemplo, la agencia SEC de los Estados Unidos, <http://www.sec.gov/contact/mailboxes.htm>; la Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos, <http://www.epa.gov/epahome/hotline.htm>; el *Australia Workplace*, <http://www.workplace.gov.au/Workplace/WPFeedback/0,1337,a0%253D0%2526a1%253D517%2526a2%253D517,00.html>; entre otros.*

legalmente entre una entidad de gobierno y otra parte, o que es parte de una transacción autorizada entre el gobierno y la otra entidad que puede resultar en consecuencias para la otra parte.

Aunque se puede decir como regla general que las agencias de gobierno están abiertas a este tipo de sistemas de comunicación, es importante notar que en cada ejemplo citado arriba, y en la mayoría de los muchos ejemplos que se pueden encontrar, es un caso individual --no existe una regla general de ley que le requiera a una agencia ofrecer o aceptar mensajes electrónicos como medio de comunicación para asuntos oficiales,⁸² y no hay una práctica universal de hacerlo. Muchos de estos sistemas están gobernados enteramente por reglas de práctica generadas dentro de la agencia o entidad de control. En casos donde la comunicación en cuestión es importante, prevalecen las reglas y prácticas de la entidad involucrada. En casos donde está autorizado, sin embargo, el correo electrónico o sus adjuntos pueden ser evidencia u objetos de cumplimiento regulativo de importancia mayor, y los datos de transmisión pueden ser prueba del cumplimiento dentro de los plazos establecidos u otros requisitos.

4.4. El correo electrónico en transacciones comerciales

El uso penetrante del EDI en entornos comerciales requirió que se eliminara la incertidumbre sobre la validez de las transacciones comerciales conducidas con el mismo. Esto dio lugar a la aprobación de leyes que rigen la legalidad del EDI, y que se relacionan a la legalidad del correo electrónico. Posiblemente la más importante de estas es la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). De una forma u otra, esta ley se ha aprobado en al menos 31 países.⁸³ Otros países⁸⁴ han adoptado legislación sobre las firmas digitales, generalmente basada en la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de la CNUDMI, que también afecta el correo electrónico.

⁸² En los Estados Unidos, por ejemplo, las raditaciones que se requiere presentar ante las agencias de gobierno están entre las pocas excepciones enumeradas de la autorización amplia de transacciones electrónicas en la llamada Ley de Firma Electrónica o *E-Sign Act*. Vea la ley de firmas electrónicas en el comercio global y nacional (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*), § 104 (a).

⁸³ Bermuda (Ley de Transacciones Electrónicas de 1999); Canadá (Ley Uniforme de Comercio Electrónico); Ecuador (Ley sobre Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos); Unión Europea (Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, España, Suecia, Reino Unido) (mediante la Directiva 2000/31/EC del Parlamento Europeo y del Consejo); Guernsey (Ley de Transacciones Electrónicas (Guernsey) 2000); Hong Kong (Ordenanza de Transacciones Electrónicas); India (Ley de Tecnología de Información de 2000); Jordania (Ley de Transacciones Electrónicas de Jordania Núm. 85 de 2001); Mauricio (Ley de Transacciones Electrónicas de 2000); Nueva Zelanda (Proyecto de Ley sobre Transacciones Electrónicas); Filipinas (Ley de Comercio Electrónico de 2000 – Ley de la República 8792); República de Eslovenia (La Ley de Comercio Electrónico y Firmas Electrónicas); Singapur (Ley de Transacciones Electrónicas de 1998); República de Corea del Sur (Ley Básica sobre Comercio Electrónico); Túnez (Ley de Intercambio Electrónico y Comercio Electrónico); Islas Turcas y Caicos (Ordenanza sobre Transacciones Electrónicas de 2000); Estados Unidos (Ley de Firmas Electrónicas en el Comercio Global y Nacional; vea también la Ley Uniforme de Transacciones Electrónicas (UETA), que contiene numerosas estipulaciones con lenguaje prácticamente idéntico).

⁸⁴ Argentina, Brasil; República Popular China; República Checa; Estonia; Gibraltar; Hungría; Israel; Japón; Lituania; Malasia, México; Perú; Polonia; Rumania; Rusia; Tailandia.

La CNUDMI y su progenie y demás variantes tienen muchas estipulaciones relacionadas a un análisis del correo electrónico:

"Mensaje de datos" significa información generada, enviada, recibida o almacenada por medios electrónicos, ópticos o similares que incluyen, entre otros, el intercambio electrónico de datos electrónicos (EDI), correo electrónico, telegramas, télex o telecopias."⁸⁵

"A ninguna información se le negará efecto legal, validez o capacidad de cumplimiento solamente por el hecho de tener el formato de un mensaje de datos."⁸⁶

"A ninguna información se le negará efecto legal, validez o capacidad de cumplimiento solamente por el hecho de no estar en el mensaje de datos que pretende dar origen a tal efecto legal, sino que meramente se hace referencia a la misma en ese mensaje electrónico de datos."⁸⁷

Cuando la ley requiera que la información sea por escrito, ese requisito se cumple con un mensaje de datos si la información contenida en el mismo es accesible de tal modo que se pueda usar para referencia posterior.⁸⁸

"El párrafo [anterior] aplica si el requisito allí indicado es una obligación o si la ley simplemente estipula consecuencias cuando la información no es por escrito."⁸⁹

"Cuando la ley requiere que la información se presente o retenga en su forma original, ese requisito se cumple con un mensaje de datos si: (a) se puede asegurar de manera confiable la integridad de la información desde el momento en que fue generada en su forma final, como un mensaje de datos o de otro tipo; y (b) en casos donde se requiere que la información sea presentada, esa información se puede mostrar a la persona que se le ha de presentar."⁹⁰

"El párrafo [anterior] aplica si el requisito allí indicado es una obligación o si la ley simplemente estipula consecuencias cuando la información no es por escrito."⁹¹

"En cualquier proceso legal, ningún aspecto de la aplicación de las reglas de evidencia negará la admisibilidad de un mensaje de datos en evidencia: (a) por el mero hecho de que es un mensaje de datos; o (b) si es la mejor evidencia que la persona que la aduce pudo obtener razonablemente, sobre la base de que no se encuentre en su forma original."⁹²

"La información en forma de un mensaje de datos deberá recibir el debido peso como evidencia. Al evaluar el peso como evidencia de un mensaje de datos, se deberán tomar en cuenta la confiabilidad del método que se usó para generarlo, guardarlo o comunicarlo, así

⁸⁵ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, Artículo 2 (a).

⁸⁶ *Ídem*, Art. 5.

⁸⁷ *Ídem*, Art. 5 bis.

⁸⁸ *Ídem*, Art. 6 (1).

⁸⁹ *Ídem*, Art. 6 (2).

⁹⁰ *Ídem*, Art. 8 (1).

⁹¹ *Ídem*, Art. 8 (2).

⁹² *Ídem*, Art. 9 (1).

como la confiabilidad del método por el cual se mantuvo la integridad de la información, así como la manera en que se identificó su autor, y cualquier otro factor relevante."⁹³

“Cuando la ley requiere que ciertos documentos, registros o información se retengan, ese requisito se cumple reteniendo mensajes de datos, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones: (a) la información contenida en ellos es accesible de tal modo que se pueda usar para referencia posterior; y (b) el mensaje de datos se retiene en el formato en que fue generado, enviado o recibido, o en un formato que se puede comprobar que representa exactamente la información generada, enviada o recibida; y (c) tal información, si alguna, es retenida porque permite la identificación del origen y destino de un mensaje de datos y la fecha y hora en que fue enviado o recibido.”⁹⁴

“En el contexto de formación de contratos, a menos que se acuerde otra cosa entre las partes, la oferta y la aceptación de la oferta se pueden expresar por medio de mensajes de datos. Cuando se use un mensaje de datos en la formación de un contrato, a ese contrato no se le negará validez ni capacidad de cumplimiento por el mero hecho de que se usó un mensaje de datos para ese propósito.”⁹⁵

Existen, además de estas estipulaciones, reglas que gobiernan otros asuntos, que incluyen el momento exacto en que se hace y se acepta una oferta⁹⁶, la ratificación de *e-mails*⁹⁷ y las firmas.⁹⁸ generados automáticamente. Estas estipulaciones ubican al correo electrónico (y a otras transacciones de EDI) justamente a la par con transacciones tradicionales hechas en papel o en persona. En jurisdicciones que han adoptado la ley modelo sobre firmas, un resultado similar aunque menos extenso obtiene: que los mensajes de datos y las firmas electrónicas en ellos sean validados si se cumplen ciertos estándares.⁹⁹ Por lo tanto, en cualquier jurisdicción de la CNUDMI, el correo electrónico puede constituir un rastro de documentos muy importante tanto para el cumplimiento regulativo como para propósitos comerciales. Como hemos visto, el correo electrónico se ha admitido fácilmente en las cortes de muchas jurisdicciones para precisamente esos propósitos. Es razonable esperar que con el paso del tiempo, la ley modelo sea adoptada en otras jurisdicciones, y que las cortes en jurisdicciones adicionales lleguen a conclusiones similares.¹⁰⁰ Un caso final sobre el correo electrónico ilustra la disponibilidad progresiva del sistema legal a confiarle transacciones importantes al correo electrónico:

En los Estados Unidos, la notificación del proceso legal¹⁰¹ antes de comenzar un juicio es normalmente un proceso que incluye un número considerable de formalidades basadas en papel. Los documentos se le entregan al demandado normalmente en papel; la notificación es en

⁹³ *Ídem*, Art. 9 (2).

⁹⁴ *Ídem*, Art. 10 (1).

⁹⁵ *Ídem*, Art. 11.

⁹⁶ *Ídem*, Art. 15.

⁹⁷ *Ídem*, Art. 13.

⁹⁸ *Ídem*, Art. 7.

⁹⁹ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI (2201), Artículo 6.

¹⁰⁰ *Vea como ejemplo, Židrūnas Šapalas v. AB Lietuvos Taupomasis Banka*, Tribunal Supremo de Lituania (2002) (Código PIN usado en tarjeta de pago es una firma electrónica, equivalente a la firma hecha a mano bajo la ley contractual de Lituania).

¹⁰¹ La entrega de quejas, citaciones y otros papeleos legales entregados al demandado para comenzar el juicio.

persona (aun los métodos como el correo certificado no se permiten normalmente); y luego se certifica la entrega de los documentos por medio de más papeles. En un caso reciente, la notificación normal del proceso no se pudo lograr para un demandado porque estaba en el extranjero y estaba haciendo lo posible por evitar que le entregaran los documentos. Mediante solicitud del demandante y al demostrarse las circunstancias extraordinarias, el tribunal a cargo del juicio permitió que se notificara el proceso legal por correo electrónico, lo cual se confirmó en la apelación.¹⁰²

Este fue un caso extraordinario, con hechos sumamente inusuales. No obstante, sirve para ilustrar el grado al cual el sistema legal está comenzando a confiar en el correo electrónico para la entrega de documentos sumamente importantes.

4.5. Conclusión -- El correo electrónico como registro de transacción

Para propósitos que no sean la presentación de información al gobierno, se duda muy poco en este momento que el correo electrónico crea un rastro de evidencia y auditoría viable. En algunos casos, la retención del correo electrónico es requerida por ley, ya sea como registro de una transacción comercial o como registro público. En otros casos, la retención del correo electrónico no se requiere por ley; la ley meramente valida su uso. No obstante, si las transacciones se conducen en esos casos total o parcialmente mediante correo electrónico, su retención puede ser un componente vital para comprobar el cumplimiento o resolver disputas. Es obvio que un correo electrónico adecuadamente mantenido tendrá valor como evidencia ante cualquier tribunal si surgiera esa necesidad.

En cuanto a la información presentada ante el gobierno, el cuadro es más complicado -- numerosas agencias en distintas jurisdicciones autorizan o permiten el contacto por correo electrónico, pero si el contacto por correo electrónico es legalmente válido o crea una obligación es un asunto que se tiene que decidir en cada caso particular. Existen sin embargo muchas situaciones en las que se puede usar, y la tendencia es usarlo más para este propósito.

5.0. Contrapunto – Argumentos a favor de la retención del correo electrónico por un corto plazo

La mezcla de autoridades mencionada antes parece llevar a la conclusión de que muchas organizaciones no podrán evitar la retención categórica a largo plazo de la mayoría o todos los correos electrónicos. Existen, sin embargo, consideraciones compensatorias con bastantes implicaciones legales, comerciales y de manejo de riesgos.

El arma acusadora (también conocida como “*smoking gun*”). La primera y más obvia de estas es el fenómeno conocido como “arma acusadora” o *smoking gun*. Esta es muy conocida por la mayoría de los gerentes corporativos de información, y se refiere a correos electrónicos con contenido embarazoso o legalmente perjudicial. El material aparece comúnmente en los juicios

¹⁰² Rio Properties, Inc. v. Rio International Interlink, 284 F.3d 1007 (9th Cir. 2002).

—muy en contra de los deseos de su dueño— y ha sido un factor prominente en muchos juicios, algunos de los cuales han sido de bastante renombre.¹⁰³

Privacidad. La segunda de estas son las leyes de privacidad y sus ramificaciones relacionadas con el correo electrónico. Un número de jurisdicciones han adoptado leyes de privacidad de información que imponen controles bien estrictos sobre el uso y transmisión de información de tipo “personal” sobre las personas, que incluye a los empleados de un negocio. En pocas palabras esas leyes estipulan que, sin permiso de la persona, su información personal solamente se puede usar para el propósito legal para el que fue obtenida, se tiene que mantener solamente por el periodo durante el que se necesita en realidad para ese propósito, y no puede ser transmitida a una jurisdicción que no tenga establecido un nivel comparable de protección.

Ese tipo de leyes se está difundiendo ampliamente,¹⁰⁴ y los reguladores están aumentando la perspectiva de lo que constituye información “personal”; y aun en jurisdicciones que no tienen una ley general de privacidad, también existen muchas leyes específicas con respecto a la información médica, financiera, y otros datos.¹⁰⁵ El uso consabido del correo electrónico como herramienta corporativa de comunicaciones, potencial y realmente usado para transmisión rutinaria de información personal sobre los empleados, socios comerciales y otros, pone a las organizaciones con operaciones multinacionales en bastante riesgo de situaciones penosas y de violar ese tipo de leyes.¹⁰⁶

Costo. La tercera consideración es más prosaica: retener millones de *e-mails* por más de un corto periodo puede ser muy caro, particularmente si se dedica esfuerzo a categorizarlos o indexarlos. Además de esto, el costo de hacer búsquedas relacionadas con juicios u otras acciones legales en un entorno con mala o ninguna estructura podría resultar en que la retención de correo electrónico a largo plazo sea excesivamente prohibitiva.

Los que defienden el periodo corto de retención buscan mitigar los asuntos antes mencionados con una estrategia simple: Asignar un periodo sencillo, no categórico y relativamente corto de retención a todos los *e-mails* y borrarlos todos cuando ese plazo venza. Los beneficios de este método son obvios y substanciales: Los riesgos legales se reducen considerablemente con solo reducir a un mínimo el periodo retrospectivo en el que una investigación u otra averiguación se puede indagar. Las armas acusadoras, o cualquier evidencia de violación de algún requisito de privacidad, ya no existen o están limitadas en términos de alcance o volumen. Muchas

¹⁰³ *Vea como ejemplo, United States v. Microsoft*, Núms. 98-1232 (TPJ) y Núm. 98-1233 (TPJ) Tribunal de Distrito de D. C. (2000) (E-mail relacionado con prácticas anticompetitivas en un juicio antimonopolio); *Securities and Exchange Commission v. Martha Stewart and Peter Bacanovic*, 03 CV 4070 (NRB) (N.D. N.Y. 2003) (mensajes electrónicos que, según se alegó, comprobaban el comercio inapropiado de acciones); *United States v. Quattrone*, (e-mail que, según se alegó, comprobaba actividad ilegal que incluía la destrucción de evidencia)..

¹⁰⁴ La Directiva de Privacidad de Datos de la Unión Europea, que es el modelo de la mayoría de tales leyes, está vigente en la Unión Europea, y por lo tanto afecta a la mayoría de la Europa occidental; además, las jurisdicciones extensas como Hong Kong, Australia, India y muchos países de Latinoamérica tienen o pronto aprobarán leyes similares.

¹⁰⁵ *Vea como ejemplo las regulaciones bajo la Ley de Portabilidad y Responsabilidad de Seguros Médicos del 1996 (conocida como Ley HIPPA), que se encuentra en 45 C.F.R. Part 164 (Estados Unidos).*

¹⁰⁶ *Vea como ejemplo, The Wall Street Journal, Online Laundry: Government Posts Enron's E-Mail*, 6 de octubre de 2003 p.1. (Correo electrónico corporativo recopilado por una agencia gubernamental como parte de una investigación regulativa y mostrado en un sitio Web público, con información personal que incluía los números de seguro social.)

violaciones, tales como retener información personal por un periodo excesivo, se evitan por completo. Los costos se controlan al mantener a un mínimo el equipo de computadoras, los programas y otras infraestructuras necesarias para respaldar el correo electrónico, y al reducir la cantidad de tiempo y otros recursos dedicados a búsquedas y otras actividades relacionadas al correo electrónico. Este enfoque además es simple y relativamente fácil de administrar, cualidades sumamente deseadas en vista del gran costo y los problemas administrativos y técnicos inherentes cuando se intenta manejar grandes volúmenes de correo electrónico de manera categórica.

Por supuesto, hay riesgos asociados con esta estrategia. Para algunas entidades, puede ser ilegal. En otros casos, aunque sea legal, hay que sopesar los beneficios contra los posibles problemas de no contar con un volumen grande de comunicación escrita: Es posible que se borre información potencialmente provechosa antes de que venza su vida útil; el correo electrónico usado para establecer cumplimiento regulativo o para cualquier otro propósito obligado puede no estar disponible para demostrar el cumplimiento en caso de una disputa; es posible que no se pueda probar un contrato, o las modificaciones a un contrato, si el correo electrónico constituyó una parte importante del proceso. Existe, además, la siempre presente posibilidad de que los empleados que piensan que el periodo de retención es demasiado corto traten de ganarle al sistema escondiendo mensajes electrónicos en ubicaciones protegidas del proceso de borrado. Los defensores de la retención a corto plazo alegan que sus beneficios superan tanto las desventajas que cualquier multa u otros costos asociados con ella están justificados por los beneficios y deben simplemente ser aceptados como parte de la estrategia.

Una alternativa que busca evitar estos problemas es la retención selectiva. En este entorno, todo el correo electrónico tiene un periodo corto y predefinido de retención, pero las categorías de importancia legal u operacional son identificadas, definidas y segregadas para recibir un periodo de retención mayor. Esta estrategia procura obtener lo mejor de ambos mundos: La retención a corto plazo de la mayoría del correo electrónico, ahorrando así costos y reduciendo los riesgos, mientras se mantiene aquellos mensajes que parecen tener valor operacional o legal, reduciendo así o eliminando los riesgos asociados con la retención generalizada a corto plazo.

No obstante, este método también tiene sus desventajas: Aunque la identificación de *e-mails* importantes puede ser conceptualmente simple, la aplicación consistente reglas en un entorno de trabajo con mucha correspondencia electrónica posiblemente presente un reto enorme, y si no se ejecuta adecuadamente, puede conducir a una retención sumamente inconsistente y a la pérdida de gran cantidad de información valiosa o requerida.

6.0 Retención electrónica versus retención impresa del correo electrónico

Las autoridades legales claramente autorizan el uso del correo electrónico en muchas situaciones, y en muchos casos obligan a retenerlo, ya sea como requisito legal o como un asunto de interés propio prudente. Dando por sentado que se ha tomado la decisión de retener el correo electrónico por cierto periodo de tiempo, la pregunta que entonces surge es, ¿en qué forma se debe guardar el correo electrónico? Hay dos puntos de vista encontrados en este asunto:

- La versión electrónica es la más “auténtica”, o la más aceptable para propósitos de evidencia, porque es el “original” o está más completa.
- Una copia impresa en papel es tan válida como la electrónica para propósitos de cumplimiento o de evidencia.

La defensa de la retención de copias impresas comúnmente se basa en las enormes dificultades inherentes al tratar de retener grandes volúmenes de material no estructurado como el correo electrónico en algo similar a un sistema de archivo de papeles, particularmente en los casos de organizaciones que no tienen muchos recursos disponibles para la administración de datos electrónicos. La retención electrónica es comúnmente defendida en base a la preocupación de que los metadatos de valor se perderían al imprimir el mensaje, y esto a su vez reduce el valor como evidencia, para investigación o de cumplimiento que tiene el correo electrónico.

Las autoridades legales frecuentemente se declaran neutrales en el asunto de retención electrónica versus impresa, pero de preferir algo, se puede decir que son un poco partidarias del papel, particularmente en las jurisdicciones de derecho civil, donde los registros comerciales en papel encuadernados y certificados fueron requeridos por mucho tiempo. Aun en los países de derecho consuetudinario, fue hasta recientemente un requisito común crear y retener registros en papel. En los casos en que los sistemas electrónicos crearon los registros, había muchas situaciones en que las partes reguladas debían retener registros electrónicos en forma impresa, en lugar de en formato electrónico,¹⁰⁷ y posible que todavía ocurra ocasionalmente. Pese a las muchas leyes que autorizan el uso de registros electrónicos, todavía se pueden encontrar unas pocas situaciones con requisitos de papel; y muchas leyes que autorizan la contabilidad electrónica lo hacen como alternativa a un sistema predeterminado de papel explícito o sobreentendido.

Las leyes de comercio electrónico o evidencia generalmente autorizan o ratifican los registros electrónicos, pero no los requieren, y típicamente no existe indicación de que el papel sea un medio menos aceptable. La Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI requiere solamente que los mensajes de datos "se puedan usar para referencia posterior."¹⁰⁸ No se asume ninguna posición en cuanto a qué medio es el más deseado para esa referencia posterior. Otras leyes que requieren mantener el correo electrónico generalmente no se pronuncian en cuanto al medio de almacenaje final; en muchos casos, sin embargo, la inclusión del correo electrónico en la misma categoría de la correspondencia y los mensajes de telégrafo --ambos en papel-- indica la probabilidad de que se acepte guardarlo en forma impresa.

Con respecto a asuntos de evidencia, las Reglas Uniformes de Evidencia de los Estados Unidos estipulan que:

¹⁰⁷ *Vea por ejemplo*, la versión anterior a la del 2002 del Código de Registros y Libros de Grecia.

¹⁰⁸ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de la CNUDMI, Artículo 6 (1).

"Si los datos están guardados en una computadora o dispositivo similar, cualquier impresión o reporte legible a la vista, que se demuestre que tiene los datos de manera exacta, se considera un "original"."¹⁰⁹

Esta estipulación no requiere el uso de copias impresas, pero claramente las coloca a la par con los datos electrónicos originales. La Ley de Evidencia de Canadá estipula que:

"[U]n documento electrónico en forma impresa satisface la regla de la mejor evidencia si se ha actuado manifiesta y consistentemente sobre la copia impresa, si se ha dependido de ella o si se ha usado como registro de la información contenida o guardada en la copia impresa"¹¹⁰

La ley de evidencia de Australia estipula que el contenido de un documento se puede probar presentando un documento que:

"[E]s o afirma ser una copia del documento en cuestión; y . . . ha sido producido, o afirma haber sido producido por un aparato que reproduce el contenido de documentos."¹¹¹

La Ley de Evidencia Civil del Reino Unido estipula que:

"Cuando una declaración contenida en un documento es admisible como evidencia en un juicio civil, se puede probar al presentar ese documento, o si ese documento existe ya o no, presentando una copia del documento o parte sustancial del mismo, autenticado de tal manera que la corte lo apruebe."¹¹²

En este caso, está a la discreción de la corte el recibir una copia impresa como evidencia. Como asunto práctico, los tribunales del Reino Unido, así como los tribunales en las demás jurisdicciones de derecho consuetudinario, admiten comúnmente como evidencia lo que sin duda alguna son copias impresas de *e-mails* con poca o ninguna discusión sobre el medio.¹¹³

En el ámbito de los registros públicos, la retención del correo electrónico en forma impresa se ha ratificado ampliamente en los países de derecho consuetudinario. En los Estados Unidos, el asunto se trató positivamente en el caso *Public Citizen v. Carlin*¹¹⁴ en 1999. En ese caso, un grupo de demandantes retó las regulaciones del gobierno federal¹¹⁵ que implementan una política de retención de correo electrónico mediante copia impresa, alegando que la retención en papel borraría los valiosos metadatos, y esto disminuiría el valor de los registros públicos en cuestión. La corte de apelaciones revocó el juicio y rechazó estas alegaciones, notando que el valor de la retención electrónica se tiene que sopesar contra la viabilidad de hacerlo, los fondos y recursos disponibles para el manejo de registros, y las necesidades de operación de las agencias custodias.

¹⁰⁹ Uniform Rules of Evidence, Rule 1001 (3).

¹¹⁰ *Canada Evidence Act*, § 31.2 (2).

¹¹¹ *Australia Evidence Act 1995*, § 48 (1) (b).

¹¹² *United Kingdom Civil Evidence Act*, § 8 (1).

¹¹³ *Vea*, 3.2. *supra*, y las notas al calce 38-44.

¹¹⁴ *Public Citizen v. Carlin*, 184 F.3d 900 (DC Cir., 1999).

¹¹⁵ *Vea*, 36 C.F.R. Part 1234.

De manera similar, los Archivos Australianos han emitido una autorización general y neutral en cuanto al medio para la retención de registros públicos en formato reproducido y la eliminación de los originales, siempre y cuando se cumplan otros criterios para el manejo de registros públicos,¹¹⁶ en base a consideraciones similares de asignación de recursos y necesidades de operación.

En los Archivos de Nueva Zelanda también el manejo del *e-mail* electrónico versus en papel es opcional para la agencia custodia:

“Los Archivos de Nueva Zelanda no requieren que las agencias gubernamentales impriman y archiven registros electrónicos en un sistema de archivo en papel. La manera en que una agencia maneje sus registros electrónicos es una decisión interna que necesita basarse en una estrategia general de manejo de registros. En un mundo ideal, los registros que nacieron de forma digital se seguirían manteniendo y logrando su acceso de manera digital. Sin embargo, si el software de manejo de registros o las políticas internas no apoyan el manejo de registros electrónicos, una agencia puede decidir que la mejor política es imprimir y archivar los registros electrónicos.”¹¹⁷

Como lo hace la Oficina de Registros Públicos del Reino Unido:

"Los mensajes de correo electrónico se deben archivar como registros de la misma manera que otros registros electrónicos con un uso común de procedimientos y reglas de decisión para identificar registros formales; ya sean estos archivados en un sistema electrónico, impresos en papel o manejados de otra manera según los procedimientos establecidos.”¹¹⁸

Las autoridades anteriores, aunque no abarcan todas las jurisdicciones ni todas las situaciones, operan en el contexto de una carencia de autoridad en contrario. En vista del hecho de que los tribunales en estas jurisdicciones están preparados para aceptar copias impresas como evidencia, y que los gobiernos por sí mismos ven la retención de *e-mails* impresos como una manera legítima de desempeñar la obligación que tienen de manejar registros, tal parece que, a menos que aplique un requisito legal específico con una clara indicación en contrario, la retención del correo electrónico en papel es un curso de acción aceptable.

7.0. Retención del correo electrónico

Como la discusión anterior lo revela,¹¹⁹ el correo electrónico tiene una relación muy compleja con el sistema legal; tiene el potencial de convertirse en un objeto legalmente importante en una

¹¹⁶ Vea generalmente, los Archivos Nacionales de Australia, *General Disposal Authority for Source Records that have been Copied, Converted or Migrated* (2003).

¹¹⁷ Archivos de Nueva Zelanda, <http://www.archives.govt.nz/continuum/faq.html>.

¹¹⁸ Oficina de Registros Públicos del Reino Unido, *Guidelines for Management, Appraisal and Preservation of Electronic Records*, § 3.48.

¹¹⁹ Además, note aquí que las autoridades legales citadas en este texto no pretenden ser y no son una muestra completa de autoridad. En cada categoría, hay muchísimas leyes, casos u otras autoridades que no se han citado.

amplia variedad de circunstancias. En algunas de estas circunstancias, la retención del correo electrónico es obligatoria, sujeta a un sistema regulativo u otro requisito legal. En otros casos, la retención no se requiere; sin embargo, en tales casos, su eliminación se tiene que sopesar cuidadosamente contra las posibles consecuencias de no contar con el correo electrónico cuando se necesite. Cualquier decisión de política también tiene que tomar en cuenta los factores de complicación adicionales tales como las ventajas de la retención en papel, y las consideraciones de manejo de riesgos que surgen de la posibilidad de tener “armas acusadoras” o leyes de privacidad. La mezcla y seriedad de los asuntos en cualquier caso particular contribuyen a la viabilidad o legalidad de cualquier solución.

7.1. Retención obligatoria del correo electrónico

Muchas organizaciones, ya sea por la naturaleza de sus actividades o debido a las jurisdicciones en que hacen negocio, se encontrarán en la situación de tener que retener al menos parte de su correo electrónico por un periodo obligatorio por ley: Muchos, si no la mayoría, de los países de derecho civil tienen una estipulación en su código civil o comercial que requiere la retención de correspondencia comercial por un periodo de años. Algunos explícitamente incluyen el correo electrónico en esta categoría; al analizar las leyes y la jurisprudencia de las jurisdicciones de derecho civil lleva a la conclusión que otras jurisdicciones de derecho civil considerarán el correo electrónico de manera similar. Por lo tanto, cualquier negocio en una jurisdicción de derecho civil posiblemente tendrá que retener la correspondencia comercial considerable en forma de *e-mails* por un periodo legalmente obligatorio, y probablemente será bastante largo.¹²⁰ De manera similar, el correo electrónico generado o recibido por entidades de gobierno en las principales jurisdicciones de derecho consuetudinario es categóricamente un registro público, y por lo tanto gobernado por el plan de retención de registros de la agencia encargada de los archivos o registros públicos. Finalmente, gente como los asesores de inversión en los Estados Unidos están sujetos a requisitos generalizados de retención de comunicaciones en *e-mail* por la naturaleza de su negocio.

Otros entornos pueden o no conducir a que el correo electrónico esté sujeto a retención obligatoria. El amplio número de agencias y planes regulativos, cada uno con sus propias reglas particulares de práctica y procedimiento, y sus propias idiosincrasias, desafía la formulación de una regla general. La tendencia, sin embargo, es obvia: Tales agencias están moviéndose rápidamente hacia el uso de sistemas de *e-mail* y similares para recopilar y diseminar información. Quienes se valgan de estos sistemas electrónicos muy bien podrían terminar con *e-mails* u otros objetos de datos como los *e-mails* que están sujetos a requisitos obligatorios de retención.

Para cualquier negocio que esté contemplando el desarrollo de una política en cuanto al correo electrónico, un primer paso necesario es identificar los requisitos obligatorios de retención asociados con el *e-mail*. Independientemente de sus otros méritos, un periodo corto de retención generalizado que no tenga una estipulación para acomodar cualquier excepción requerida por ley es una propuesta arriesgada. Para las entidades en negocios sumamente regulados, no retener el

¹²⁰ Lo que comúnmente se observa para este requisito son periodos de retención de cinco y diez años.

correo electrónico relacionado con actividades centrales o reguladas podría ser bastante costoso en términos de sanciones regulatorias y legales,¹²¹ y, de ser una falta suficientemente, podría poner en riesgo el derecho de la entidad a llevar a cabo operaciones.

7.2. Retención no obligatoria del correo electrónico.

Aun en casos o jurisdicciones en que la retención del correo electrónico no es requerida por ley, su retención puede muy bien ser gobernada por importantes consideraciones legales. No hay ninguna duda de que, en muchas jurisdicciones que incluyen la mayoría de las principales jurisdicciones de Europa, Norteamérica y al área del Pacífico Asiático, el correo electrónico es un medio viable para contratar y para otras transacciones comerciales, así como para otras operaciones que resultan en obligaciones legales. Esta viabilidad incluye la introducción del correo electrónico en la corte en aquellas jurisdicciones para demostrar y hacer cumplir esas obligaciones. Es igualmente claro que el correo electrónico se puede introducir como evidencia perjudicial a su autor o dueño en tanto juicios criminales como civiles. Ninguno de esos factores absolutamente obliga a retener el correo electrónico por ningún periodo particular; sin embargo, si están ocurriendo discusiones o transacciones de cualquier tipo por *e-mail* y si hay una posibilidad significativa de que esa transacción esté sujeta a una disputa legal, o que deba recurrirse al sistema legal para comprobarla, entonces el dueño borra los mensajes a su propio riesgo. En tales casos, el correo electrónico es analíticamente idéntico a cualquier otro documento de evidencia necesario o deseado para ganar la disputa, y por lo tanto está sujeto a las mismas consideraciones de retención, e idealmente, al mismo periodo de retención.

Por lo tanto, en los casos en que no es obligatorio pero aconsejable por razones comerciales o legales, otro paso necesario al redactar la política de retención es considerar cuánto se desea retener el correo electrónico a largo plazo. La retención del correo electrónico en esta situación es de por sí un asunto complicado, que incluye considerar y analizar un número de asuntos, entre ellos la necesidad comercial, varias posibilidades de riesgo tales como juicios y acciones regulatorias, y consideraciones legales tales como las leyes de prescripción y otras leyes que afectan el manejo de riesgos. Además, la retención no obligatoria de correo electrónico se tiene que evaluar a la luz de las leyes de privacidad y otras consideraciones similares.

7.3. Periodo único versus retención electrónica funcional

Ante estas consideraciones, una política de periodo único y generalizado de retención con eliminación posterior, sin estipulaciones alternativas para segregar y guardar correos importantes mediante otra herramienta como un archivo impreso, enfrenta algunos obstáculos importantes. Antes de seleccionar cualquier periodo único, se tienen que considerar varios factores. Primero, surge la pregunta de los registros legalmente requeridos o importantes:

¹²¹ *Vea, por ejemplo*, CIO Update, cioupdate.com, *S.E.C. Slaps Wall Street Over E-Mail* (Dec. 3, 2002) (Cinco casas prominentes de corretaje en los Estados Unidos recibieron una multa de \$8.25 millones por no mantener los *emails* de corredores a otras personas concernientes al análisis de acciones).

- ¿Se está usando el sistema de *e-mail* para cualquier propósito que podría generar registros con un periodo de retención obligatorio?
- ¿Se está usando el sistema para cualquier propósito que podría generar registros legalmente importantes tales como negociaciones de contratos o documentación de contratos?

Si cualquiera de estas posibilidades está ocurriendo, el periodo único de retención seleccionado tiene que:

- Durar lo suficiente para cubrir cualquier periodo de retención legalmente requerido que aplique al correo electrónico en esa jurisdicción; y
- Durar lo suficiente para cubrir al menos la porción más importante o de mayor riesgo del periodo durante el cual el correo electrónico se pudiera necesitar para comprobar contratos u otras transacciones, y para hacer cumplir cualquier derecho legal que el dueño haya adquirido total o parcialmente mediante el correo electrónico.

Esto puede requerir análisis extenso de los requisitos legales de retención de registros, las leyes de prescripción y otras autoridades para asegurar que el periodo seleccionado es legalmente suficiente.

Dando por sentado que el periodo seleccionado es legalmente aceptable, también tiene que pasar por bueno con respecto a los requisitos operacionales. Si la organización depende bastante del correo electrónico, un periodo de retención demasiado corto podría afectar las operaciones independientemente de cualquier consideración legal, y podría haber casos en los que las consideraciones operacionales requieran una retención mayor que la de los requisitos puramente legales. Por lo tanto se requiere un análisis cuidadoso de las necesidades operacionales. Aun si la organización no genera registros legalmente requeridos o legalmente importantes en su sistema de correo electrónico, se tiene que considerar la eficiencia operacional al desarrollar un periodo único de retención –si un periodo de retención excesivamente corto causa un problema importante en las operaciones comerciales, podría neutralizar completamente cualquier ganancia o ahorros que se hayan acumulado durante ese periodo.

Todas estas consideraciones pueden colectivamente alargar el periodo de retención más allá de lo anticipado cuando inicialmente se contempló un periodo único de retención. Los periodos tan cortos como 30 a 60 días a menudo se consideran, y estos tienen mayor probabilidad de ser deficientes al menos en dos aspectos:

- Los periodos legales de retención que aplican al correo electrónico comúnmente son de hasta cinco o diez años, y en algunos casos podrían ser de más tiempo;
- Los periodos de 30 a 60 días probablemente no cumplan con los requisitos operacionales en los casos en que se realizan negocios importantes mediante *e-mails* –al analizar las operaciones, probablemente se determinará que el mínimo necesario es un año o dos.

En casos de una organización con regulaciones sumamente estrictas que usa el correo electrónico constantemente en operaciones comerciales importantes, o de una organización en una industria de alto riesgo, todos los factores anteriores combinados pueden muy bien resultar en que el periodo de retención sea el más largo en el programa de retención de la organización. Este resultado probablemente difiera considerablemente del inicialmente anticipado cuando se consideró el programa con periodo único, e invalida muchas de las supuestas ventajas de un periodo único de retención.

En resumen, una retención de correo electrónico por un periodo único sin un arreglo alternativo para guardar las excepciones parece ser una opción viable solamente si:

- El correo electrónico no se usa para realizar negocios importantes o transacciones regulativas; y
- La jurisdicción no tiene un requisito legal para la retención de correspondencia comercial; y
- Los ahorros que se acumulen al eliminar el correo electrónico después de un periodo corto de retención justifican cualquier riesgo legal que surja de la eliminación, como por ejemplo la inhabilidad de hacer cumplir derechos o comprobar contratos.

o:

- La organización está preparada para aceptar un periodo único de varios años, con todos los costos y asuntos que conlleve.

7.4. Retención electrónica funcional

Tomando en cuenta los posibles periodos extensos involucrados, y que en realidad un gran porcentaje del correo electrónico esencialmente pierde todo su valor en cuestión de horas o días, y por lo tanto es innecesario en términos legales, parece ser que el modelo de un periodo único impone costos significativos e innecesarios de almacenamiento y búsqueda en cualquier organización que genera o recibe grandes cantidades de correo electrónico. La respuesta obvia a este dilema es definir clasificaciones funcionales para el correo electrónico, similares o idénticas a aquellas para el correo en papel u otros registros electrónicos, y mantener y borrar los *e-mails* de acuerdo a este sistema de clasificación: Los costos evitados se acumulan porque un gran porcentaje del correo electrónico se borra rápidamente, mientras que los correos legal u operacionalmente importantes se retienen. Las búsquedas para recuperar correos deseados son más fáciles porque todos los correos retenidos se categorizar al momento en que se reciben o poco después.

Sin embargo, la realidad no es tan sencilla.

- En base al estado de la tecnología al momento de redactar este texto, los programas de computadora que intentan categorizar automáticamente los correos no son lo suficientemente exactos como para confiar en ellos;

- La categorización manual de millones de *e-mails*, aunque se haga de alguna manera sumamente eficiente, requiere un gran compromiso de recursos en términos de tiempo dedicado por el personal;
- La categorización hecha por los usuarios finales (en comparación con la categorización centralizada hecha por personal especialmente dedicado a ello) se puede lograr pero de manera inconsistente, o ser de poca calidad;
- La categorización hecha por personal centralizado probablemente será imposible en una organización grande, dada la gran cantidad de correo electrónico en cuestión.

Estos factores pueden muy bien combinarse para que la retención electrónica funcional sea más cara y menos eficiente de lo que es óptimo. Una variedad de sistemas se podrían emplear para optimizar el sistema y lograr que la captura de metadatos sea más eficiente y a menor costo: Encabezados estándar y otros identificadores, ventanas desplegadas (*popup*) optimizadas con categorías preseleccionadas, y cosas por el estilo. Muchos de esos sistemas están disponibles hoy día como parte de las herramientas del software. No obstante, tales sistemas imponen sus propios costos y problemas:

- Cualquier regla que solicite que los usuarios configuren el *e-mail* en un patrón estándar requerirá adiestramiento y educación –de por sí actividades costosas- y producirá resultados que serán solamente tan buenos como los datos que ingresen esos usuarios;
- Por su naturaleza, el correo electrónico no se lleva muy bien con reglas estrictas de categorización –un mensaje podría ser de más de un tema, en muchos aspectos igual a una llamada telefónica; y muchos correos se escriben de manera tan informal que solamente las personas incluidas en la conversación tendrán una idea de qué se trata;
- La imposición de reglas de composición o uso para evitar estos asuntos afectará significativamente la utilidad del correo electrónico como herramienta de comunicaciones, y también impondrá un costo en términos del tiempo dedicado por el personal a componer mensajes formalmente contruidos;
- Cualquier limitación en el software limitará la exactitud de los resultados, y el software mismo es solamente útil si el personal lo usa. Si el software es difícil de usar, esto podría también ser un obstáculo importante;
- Cualquier regla de retención impuesta sobre el correo electrónico tiene que corresponder con aquellas usadas para objetos funcionales similares en otros medios y formatos; esto requerirá un software de correo electrónico capaz de hacer cumplir las reglas de retención, o algún tipo de interfaz entre el programa de manejo del correo electrónico y la herramienta que se esté usando para manejar la retención de los demás objetos de datos.

Por lo tanto, al igual que con la retención no categórica, la retención funcional del correo electrónico es una estrategia cuyos beneficios se tienen que sopesar contra los costos, a menudo ocultos, de hacerlo.

7.5. La función de la retención en papel

Otra alternativa es la retención en papel (copia impresa), o su equivalente electrónico, el mantenimiento de los *e-mails* como archivos de procesamiento de palabras. Esta opción tiene ventajas significativas:

- Ya no es necesario crear un índice de archivos ni sistemas de índices para el correo electrónico --simplemente se incorpora al sistema de archivo que ya se tiene, incluidos sus periodos de retención;
- No se necesitan programas sofisticados de manejo de correos electrónicos; si ya se usa cualquier programa de manejo de registros, se puede destinar a manejar el correo electrónico de la misma manera que otros objetos de datos;
- Los correos electrónicos que se relacionen a otros objetos de datos tales como contratos se pueden archivar físicamente con ellos (o guardarse en los mismos directorios y carpetas en la computadora), y esto hace que la revisión de archivos y otras actividades similares sean más fáciles y completas;
- Se necesita poco o ningún adiestramiento especializado --la mayoría de los usuarios del correo electrónico podrán imprimir *e-mails*, o copiarlos a un archivo de texto, con poco o ningún adiestramiento adicional.

Existen, sin embargo, problemas:

- Un sistema grande de correo electrónico significa una gran cantidad de impresiones, con la carga que conlleva un mayor número de papeles --más archivos, cajas de almacenamiento, etc.-- para la organización;
- El personal puede no ser consistente al imprimir los *e-mails*, y esto conduce a resultados deficientes y retención no uniforme;
- Todavía existen los asuntos de informalidad y temas múltiples, con los dilemas que conllevan al momento de archivar;
- Hacer búsquedas de texto completo y realizar otras opciones electrónicas similares no es posible con las copias impresas.

Estos asuntos se tienen que evaluar contra la simplicidad conceptual del método. Al igual que con todas las demás opciones, se tiene que hacer un análisis de costos/beneficios antes de implementarlo para asegurar que es un curso de acción viable y económico.

7.6. Evaluación de las opciones

Aparentemente no hay solución ideal para la retención del correo electrónico –cada opción impone costos y cargas significativas sobre la organización que la va a implementar. Cuál de estos costos y cargas será el más agradable dependerá de varios factores:

- El tamaño de la organización;
- La naturaleza de las actividades de la organización;
- Cuán crítico sea retener el correo electrónico y poder recuperarlo exacta y completamente;
- La cantidad de correo electrónico en cuestión;
- Los aspectos específicos y adaptabilidad de los sistemas de correo electrónico y otra tecnología ya establecida;
- Los fondos disponibles para comprar e implementar soluciones tecnológicas, y cuán dispuestos están a comprar e implementar soluciones costosas y complejas;
- Cuán sofisticados son los usuarios, y cuán dispuestos y preparados están para cumplir con cualquier regla impuesta como parte de la solución.

7.6.1. Periodos de retención

Para algunas organizaciones –las organizaciones pequeñas de todo tipo, las organizaciones que no dependen mucho del correo electrónico, o las organizaciones con procesos comerciales simples o que generan y reciben relativamente poca cantidad de mensajes-- la retención de periodo único puede no imponer cargas intolerables, aun si la retención es por varios años. La cantidad de correo electrónico puede entrar cómodamente en los discos duros de las computadoras, y las búsquedas complicadas para recuperar correos viejos –que es mucho menos probable para estas organizaciones que para las más grandes y complejas-- será igualmente manejable.

Para las organizaciones grandes y complejas, la retención de periodo único sin categorización que no tenga un proceso de discernimiento probablemente no será una opción viable. Una organización de gran tamaño puede muy bien generar y recibir cientos de millones o miles de millones de correos al año, y es casi seguro que en el transcurso de esta actividad, envíe y reciba correos con un alto grado de importancia legal y operacional. Si la organización es multinacional, al menos parte del correo estará probablemente sujeto a leyes que requieren su retención obligatoria por un periodo significativo. La retención de todos los correos por cinco, diez o más años, con todos los costos que esto conlleva en cuanto a infraestructura y equipo, puede ser prohibitiva; y hacer búsquedas en ese tipo de colección monstruosa de correos con

cualquier tipo de meticulosidad puede ser imposible. Por otro lado, clasificar e indexar esa misma colección de correos para propósitos de retención sería igualmente una tarea de enormes proporciones. La magnitud del problema surge con el tamaño, complejidad y entorno legal de la organización en cuestión.

Las organizaciones más grandes, más complejas, sumamente reguladas o de alto riesgo posiblemente tengan que decidir cuán específico y complejo quieren que sea su plan de captura de *e-mails*. Imitar un sistema de archivo en papel en el sistema de correo electrónico podría ser prohibitivo en cuanto a costo o imposible de implementar; si no es suficientemente específico se podrían perder disputas legales o de plano violar la ley. Una versión simplificada del sistema en papel, con una versión simple asociada de las reglas de retención, puede ser una resolución satisfactoria de la ecuación costo/beneficios, o la única opción práctica disponible. No hay categorías fijas de organización ni un conjunto de criterios analíticos que permitan una aplicación generalizada de cualquier grupo teórico de reglas; en el análisis final, cuánta especificidad y complejidad es suficiente será un juicio que se tendrá que adoptar en base a un análisis de la organización involucrada; sus necesidades, su presupuesto, su tolerancia al riesgo, su habilidad de implementar una solución dada y muchos otros factores.

7.6.2. Retención electrónica versus en papel

Para organizaciones pequeñas u organizaciones con necesidades simples, la retención del correo electrónico en copia impresa o archivos de procesamiento de palabras puede ser una solución completamente satisfactoria. Tales organizaciones también podrían estar completamente satisfechas con un plan electrónico sencillo que incluya el que los usuarios tengan que crear una serie de carpetas de correo electrónico y puedan arrastrar y colocar los mensajes en ellas, y también la implementación manual de reglas simples de retención. Las organizaciones más grandes y complejas tienen menos probabilidad de encontrar esas soluciones satisfactoriamente. Bien implantadas y ejecutadas, tales soluciones no imponen barreras teóricas a un manejo efectivo del correo electrónico. Implementarlas consistentemente en un ambiente a gran escala y geográficamente diverso puede no obstante ser algo problemático. Sin embargo, si no hay fondos ni disposición para comprar e implementar lo que pudiera ser una solución tecnológica grande y compleja, es posible que la retención impresa o con arrastre y colocación sean las únicas disponibles.

Para las organizaciones en entornos sumamente regulados o de altísimo riesgo, la indexación compleja y específica con herramientas sofisticadas de software, y/o la imposición de reglas rigurosas y estrictamente ejecutadas de manejo podrían ser las únicas opciones realistas, independientemente de los costos asociados con ellas. Los reguladores y otras autoridades pueden y de hecho exigen correos electrónicos, y las multas por no presentarlos pueden ser definitivamente altísimas, incluyendo, como lo hacen, la posibilidad de enfrentar serios cargos criminales si parece que un mensaje electrónico no se presentó porque fue borrado para ocultar evidencia de mala conducta. Aunque esto no descarta un sistema de retención de correo electrónico en papel, cualquier sistema de este tipo probablemente tendrá que ser integrado con herramientas de búsqueda en forma de sistemas de indexación o software para permitir el manejo y capacidad de búsqueda suficientes a fin de cumplir con requisitos estrictos de regulación y las

exigencias en caso de un litigio. Cumplir con esas exigencias podría ir más allá de la capacidad de cualquier sistema de manejo de correo electrónico que no sea uno bien sofisticado y con completa capacidad de búsqueda.

8.0. Palabras finales

La falta de una solución ideal que aplique en todas las circunstancias obliga a cualquier organización que está contemplando el manejo de correo electrónico a analizar sus propias necesidades y características. Cuando se carece de buena información sobre estos asuntos, cualquier solución –o como a menudo ocurre, una combinación de soluciones– será menos satisfactoria de lo que podría ser.

No es necesario hacer todo este análisis e implementación a un nivel alto dentro de la organización. Normalmente no es el caso que el control central específico de los archivos se extienda a gavetas individuales de archivo en escritorios o a discos duros individuales en computadoras; más bien, las organizaciones típicamente imponen reglas con un alto nivel de autoridad, y límites que no se deben cruzar, combinados con un grado menor de control central a nivel local. Dentro de las reglas y los límites, las unidades de operación y otras entidades dentro de la organización tienen la libertad de imponer soluciones de bajo nivel que son operacionalmente eficientes y administrativamente convenientes. La razón por la que el control detallado recae sobre usuarios o departamentos individuales es simple y válida: el controlador centralizado probablemente entenderá menos las necesidades operacionales del usuario, y los recursos disponibles para cumplir esas necesidades, que los usuarios mismos. Para muchas organizaciones, el enfoque de reglas y límites –que muy bien puede resultar en una combinación de métodos y soluciones– podría ser la solución más efectiva.

En el caso *Public Citizen v. Carlin*,¹²² este interrogante fue presentado ante una corte de revisión en el contexto de registros públicos. En el testimonio de explicación que acompaña la publicación de la política de retención de correo electrónico, el Archivero de los Estados Unidos declaró:

“Las agencias tienen que mantener sus registros en archivos organizados diseñados de acuerdo a sus necesidades operacionales. Las agencias que actualmente tienen archivos tradicionales en papel imprimen sus registros de correo electrónico, procesamiento de palabras, hojas de cálculo y reportes de bases de datos a fin de que sus archivos estén completos, se entiendan, y tengan el mismo contexto que los registros relacionados. Las funciones de las agencias que todavía no se han automatizado se tienen que respaldar con archivos en copia impresa, aun cuando algunos tipos de registros relacionados se generen electrónicamente. Las agencias que deciden mantener sus registros en sistemas de mantenimiento electrónico lo hacen por necesidades operacionales imperiosas, no para los investigadores del futuro. En algunos casos ... las agencias crean índices automáticos para los registros en copia impresa en lugar de digitalizar todos los archivos ellos

¹²² *Public Citizen v. Carlin*, 184 F.3d 900 (D.C. Cir., 1999).

mismos. En cualquier caso, la decisión se tiene que basar en el análisis de las necesidades y los beneficios para la agencia, en equilibrio con los recursos disponibles."¹²³

Al revisar esta y otras justificaciones de la política, el tribunal de apelaciones simplemente dijo: “[Nosotros] pensamos que es razonable esta decisión de permitirle a las agencias mantener sus sistemas de mantenimiento de registros de la manera más apropiada para los negocios que realiza.”¹²⁴

Esta explicación y respuesta con sentido común proporcionan tanto la autoridad como la solución para muchas organizaciones, sean grandes o pequeñas.

¹²³ Notas de explicación en el *General Records Schedule 20; Disposition of Electronic Records*, 60 Fed. Reg. 44,643 (1995) en 44,644/1-2.

¹²⁴ *Public Citizen v. Carlin*, opinión anotada en II (b)(B)(1).

Este estudio fue financiado por



The ARMA International Educational Foundation
(Fundación Educativa Internacional ARMA)

La Fundación Educativa Internacional ARMA es la afiliada sin fines de lucro, (501(c)3), de ARMA International, la asociación profesional principal del mundo para la profesión de registros e información.

Misión

La Fundación Educativa Internacional ARMA apoya las iniciativas de educación e investigación que promueven el avance de tanto los administradores de información como de la profesión de administración de información. La información registrada es el alma de la organización moderna, pero raramente se trata como un elemento de valor crítico, principalmente porque hay poca investigación de calidad para crear la estructura detallada de conocimientos necesaria a fin de respaldar la administración de información como una profesión. El propósito de la AIEF es satisfacer esa necesidad solicitando fondos para esta investigación y luego proporcionando un medio a través del cual se puedan comprobar, documentar y comunicar las conclusiones a la comunidad de administración de información.

Si usted opina que esta publicación es valiosa, por favor considere realizar una aportación financiera al Fondo de Donaciones de la Fundación. Esto se puede lograr visitando el sitio Web de la Fundación, www.armaedfoundation.org, o comunicándose con

Administración de la Fundación
ARMA Int'l Educational Foundation
1609 Terrie Drive
Pittsburgh PA 15241
EE.UU.

Se puede conseguir información adicional sobre la Fundación en



La Base de Datos Nacional de Organizaciones no Lucrativas
http://www.guidestar.org/search/report/gs_report.jsp?ein=31-1556655

Aceptamos comentarios sobre esta publicación y sugerencias para más investigación. Por favor dirija su consulta al Administrador de la Fundación.