

Problemática y expectativas en torno al Documento Electrónico: Valor Probatorio

JESÚS MARÍA PRIETO GUTIÉRREZ

Funcionario de la Admón. de Justicia. Licenciado en Derecho.

1. INTRODUCCIÓN

La importancia del documento electrónico se desprende de su cada vez mayor incidencia en la llamada "Sociedad de la Información" que caracteriza el final del presente milenio, sin que se vislumbre el ocaso de un fenómeno, que según los estudiosos del tema, no acaba sino de comenzar. Y es que la información es de tal importancia en la actualidad, que se ha constituido en un bien de valor inestimable, siendo difícil concebir el éxito de una actividad sin que se disponga de la información oportuna.

En esta realidad, cobra especial transcendencia las nuevas formas de concebir los negocios y formalizar los contratos, en los que las partes, valiéndose de las nuevas tecnologías, logran superar la hasta ahora inexpugnable barrera de tiempo y espacio que suponía la distancia, recurriendo al documento electrónico como respuesta para formalizar sus contratos, sin necesidad de requerir tan siquiera la presencia física de las partes .

Como suele ser habitual en todo cambio social, las nuevas tecnologías conllevan una serie de innovaciones en las formas tradicionales, a las que el Derecho tarda un tiempo en adaptarse y dar respuesta. De ahí, que surjan reticencias hacia las nuevas modalidades que tratan de imponerse en la dinámica social, de las que no está exento el documento electrónico.

Ciñéndonos al ámbito de la prueba, no han sido pocos los obstáculos a sortear por el documento electrónico a fin de lograr su consideración como tal. En un principio, tanto jurisprudencia, como doctrina, se mostraron contrarios al valor probatorio del mismo, esgrimiendo argumentos que pasaban por discutir la propia naturaleza de documento en sí, a otros, tales como la dificultad de ser incluido entre los medios de prueba legalmente contemplados; la de superar la tradicional identificación de documento y escritura; la falta de seguridad ante las posibles alteraciones de su contenido o la dificultad para diferenciar entre original y copia, por esbozar alguno de ellos. Sin embargo, los inconvenientes han ido sucumbiendo a la evidencia, de tal manera que, lentamente, pero de forma efectiva, tanto la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, como la doctrina mayoritaria, acaban por reconocer el valor probatorio de este tipo de documentos, no sin cierta oposición que aún persiste y, de la cual, en cierta medida, ha venido siendo cómplice el legislador.

En el curso de la evolución del documento electrónico hacia su previsible reconocimiento como modo de prueba en la futura Ley de Enjuiciamiento Civil, comprobásemos como la publicación del reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil viene a marcar un punto de inflexión al respecto, optando el Legislador por admitir, aunque de forma tácita, el documento electrónico como un nuevo medio de prueba.

Por último, tendremos oportunidad de constatar como en el ámbito de la normativa comunitaria, la orientación del legislador va encaminada a una completa asunción de las consecuencias que implica la sociedad de la información, contemplando la plena legalidad del documento electrónico y equiparando la firma electrónica, en determinados supuestos de garantía plena, a la firma manuscrita, a la que atribuye plena eficacia probatoria en la

órbita procesal. Asimismo, existen importantes incorporaciones en la concepción de datos personales, como son el sonido y la imagen, lo que supone un paso más en la lenta asimilación de los efectos jurídicos derivados de las nuevas tecnologías.

2. PROBLEMÁTICA QUE ENGENDRA EL DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Sirva a modo de introducción las palabras de HERRERO HERRERO, el que consciente de la limitación que supone la clásica concepción de documento, argumenta con cabal acierto:

A mi juicio, centrar la expresión documento en términos de excesiva reducción haciéndolo coincidir con un escrito, me parece equivocado. Creo que las cintas magnetofónicas, los vídeos, los disquetes informáticos, el papel musical o pautado, el dibujo o grabación en una madera, corcho, etc. son o debieran ser documentos (...). Si los viejos textos no incorporaron algunas de estas realidades fue, sencillamente, porque no alcanzaron a su vigencia social. En el Diccionario Enciclopédico España 1987 en la palabra documento se dice: Figuradamente <<cualquier cosa que sirve para ilustrar o comprobar algo>> y a continuación <<documento base informático>>, <<primer soporte de la información en la recogida de datos>>¹.

Obviamente el autor viene a poner de manifiesto lo anacrónico que resulta en la actualidad limitar la consideración de documento a la tradicional vinculación del soporte papel con la escritura, dada la gran variedad de medios modernos de documentación y reproducción que operan en la sociedad actual, cuya referencia se engloba en la idea general del documento electrónico.

Palabras pronunciadas por HERRERO con las que, entendemos, pretende hacerse eco de la falta de sintonía del legislador con la realidad que

▪ ¹ HERRERO HERRERO, Cesar, "Modelos peculiares de estafa, estafas con tarjeta de crédito, con y sin banda magnética. Estafas por medio de ordenador" *Boletín Informativa*, Núm. 1701, Ministerio de Justicia. 1994, pp. 117-139

impone la sociedad de nuestros tiempos. No podemos olvidar que pocos años previos a haber formulado dichas palabras, se había consolidado una jurisprudencia (la que tendremos oportunidad de analizar más a fondo) por la que, tras la evolución de algo más de una década, se aceptaba el documento electrónico como modalidad independiente. Sin embargo, no basta con el mero reconocimiento de esta categoría de documentos, sino que, como pone de manifiesto gran parte de la doctrina, es necesario una reforma normativa, que en palabras de CARRASCOSA LÓPEZ (ob.cit. pág. 173) se traduce en "una normativa específica que determine la valoración de estos documentos".

Podemos preguntarnos en que se cifra la necesidad de una normativa específica que regule el documento electrónico, entendido éste en sentido amplio, como todos aquellos medios de documentación y reproducción de la información automatizada. El principal problema que se plantea y del cual entendemos deriva la cautela exhibida por el legislador hasta el momento y puesto de manifiesto por la gran mayoría de estudiosos del tema, es el concerniente a la identificación y autenticación. Tema que a su vez nos pone en conexión con otras cuestiones, como la concerniente a la admisión de la firma electrónica, la desmaterialización del documento electrónico y el carácter irreversible del soporte informático. Aspectos asumidos en gran medida por la Propuesta de Directiva sobre firma electrónica y que tendremos oportunidad de examinar en su momento.

Ciertamente, la solución a estos problemas pasa por asumir, tal y como se afronta en dicha Propuesta de Directiva, las implicaciones reales de la sociedad de la información en la que nos hallamos inmersos, en la que se ha de ir cambiando los estereotipos de tiempos pasados, como la clásica fórmula: papel, más escritura, igual a documento; pensados más bien para una comunidad social ajena a los actuales avances tecnológicos. Ha de evitarse, de otra parte, incurrir en errores como el de considerar dichos avances como algo ficticio, por cuanto si bien son considerados de gran utilidad práctica y de uso corriente en nuestra sociedad, sin embargo, no encuentran el reconocimiento necesario en el ámbito procesal, entre otras razones, motivado por el desaire legislativo. A estos efectos, sirva como paradigma de cómo romper con los anclajes del pasado, el art. 45.1.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, la que al pronunciarse respecto al original y las copias de los documentos electrónicos, introduce una particularidad en cuanto a las copias, al mencionar "las copias originales", las cuales equipara a los originales, si bien con una serie de requisitos para su validez y eficacia, a la sazón, que quede garantizada su autenticidad, la integridad y, en su caso, la recepción del interesado.

No hace falta abundar en lo que ya han puesto de manifiesto muchos autores, es decir, las mayores garantías que ofrece la firma electrónica, los medios técnicos existentes en la actualidad para hacer más fiable la identificación y autenticación de un documento, las ventajas en todos los aspectos que supone la utilización del documento electrónico, la evolución jurisprudencial en orden a la aceptación del documento electrónico como elemento de prueba. Son aspectos cuya existencia era necesario advertir en los tiempos de un incipiente desarrollo tecnológico y cuyos frutos han ido fraguando en la normativa sectorial y en el aperturismo jurisprudencial de los últimos años. Sin embargo, no existe una toma de postura del legislador decidida a afrontar el tema mediante la regulación de una normativa ad hoc, que realmente cimiente las bases de una regulación general de este tipo de documentos de cara a potenciar su efectividad en la práctica habitual de los tribunales y evitar resquemores sobre su aceptación y validez.

Cierto es, que el constante cambio y aparición en el mercado de nuevos elementos tecnológicos, hace difícil una tarea legislativa en torno al tema que rodea el documento electrónico. Sin embargo, entendemos que esa misma dificultad debe encontrar el legislador al regular aspectos sectoriales, en los que se admite como moneda de cambio el documento electrónico y no precisamente con carácter subsidiario, sino como elemento de uso normalizado, sirva como ejemplo la Circular 13/1992, de 26 de junio, por la que se Reforma el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, estableciendo que las comunicaciones entre las Entidades asociadas y el servicio de liquidación del Banco de España, se efectuará a través de un proceso informatizado, pasando a ser este procedimiento el sistema ordinario de liquidación de obligaciones.

Por todo ello, consideramos, que tal vez el tema no esté bien enfocado y que los problemas planteados en torno al documento electrónico dimanen, no por falta de especificar la realidad de las nuevas tecnologías o del constante estado de cambio de éstas, sino, más bien, nos inclinamos a pensar, que viene originado por una situación de acomodación legislativa, sostenida mediante el recurso de acudir a la regulación tradicional existente, esto es, Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil, flanqueada por las nuevas regulaciones sectoriales, lo que es calificado por algunos autores de "discriminación legal" (CARRASCOSA LÓPEZ, ob. cit. pág. 165) y, ello es así, pese a las carencias por todos reconocidas y de las cuales el propio legislador se hace eco, sin ir más lejos, en el reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba, con el que se pretende romper esta dinámica de regulación sectorial, mediante el recurso de establecer una normativa general, esbozando la posibilidad de derogar la regulación del Código Civil y estableciendo el cauce que permita esgrimir la posibilidad de hacer valer el documento electrónico como elemento de prueba.

Asimismo, tal problemática se ve amasada por las carencias de los órganos jurisdiccionales, los que no disponen de los recursos necesarios para la valoración de una prueba basada en documental de naturaleza automática, autorizada con firma electrónica, o de disponer de técnicas de autenticación del documento electrónico por medio del elaborador, o de disponer de personal técnico con conocimientos criptográficos y un largo etcétera. Circunstancia que en modo alguno puede achacarse a la prohibición del uso de las nuevas tecnologías en el ámbito judicial, dado que la Ley Orgánica 5/95, del Poder Judicial, en el art. 230, se pronuncia a favor de la posibilidad, por parte de los órganos jurisdiccionales, de hacer uso de las nuevas tecnologías a fin de desarrollar su actividad; reconociendo la validez y eficacia, como originales, de los documentos por tales medios emitidos, si bien, deberán garantizar su autenticidad, integridad y cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

3. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVA

Se puede constatar la existencia de una evolución jurisprudencial y normativa que viene a poner de manifiesto los vericuetos por los que tanto el legislador, como los órganos jurisdiccionales, han debido discurrir para lograr integrar el documento electrónico, no ya como medio o modo de prueba, sino como elemento de prueba incardinado en la documental.

Con relación al criterio mantenido por la Jurisprudencia respecto a la consideración que le merece el documento electrónico como elemento de prueba, traeremos a colación el trabajo de ELÍAS BATURONES, quien pone de manifiesto la existencia de una evolución jurisprudencial desde las primeras sentencias reticentes a admitir el documento electrónico como elemento probatorio (STS 30 Nov. 1981), pasando por una fase de transición en la que se admite el documento electrónico, sí bien, con la adveración de otros medios probatorios (STS 10 Nov. 1992) y una última fase de aceptación plena como modalidad de la prueba documental (STS 24 Marz. 1994). No obstante, entiende el autor, que la postura del Tribunal Supremo sigue vacilante, para terminar concluyendo que "... ante la dificultad que supone asegurar el contenido original y auténtico de los diferentes documentos electrónicos (...) aún aceptando la posibilidad de incluir a los mismos dentro del concepto amplio de documento, sin embargo, en determinados supuestos recalca la necesidad de asegurar su validez a través de otros medios tradicionales de prueba".²

En la STS Sala 2ª de 19 de abril de 1991, al delimitar el concepto de documento aplicable al art. 302 del viejo Código Penal, afirma: <<El concepto de documento no puede reservarse y ceñirse, en exclusividad, al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana, desde el momento que nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento y a la declaración de voluntad; una grabación de vídeo o cinematográfica, un disco

▪ ² ELÍAS BATURONES, Julio José, "La Jursiprudencia ente el documento electrónico (o en soporte no escrito). Su aceptación como prueba documental" *Tapia*, Octubre-Noviembre 1996, pp. 65-73

o cinta magnetofónica, los disquetes informáticos, portadores de manifestaciones y acreditamientos, con vocación probatoria, pueden ser susceptibles de manipulaciones falsarias al igual que el documento escrito>>

Igual orientación parece haber seguido el Tribunal Constitucional al reconocer las cintas magnetofónicas como medios de prueba documental (STC 114/1984, de 29 de noviembre y STC 124/1988, de 27 de junio).

Fruto de esta evolución jurisprudencial y ante la imposición de la realidad social, pues no se puede olvidar lo establecido al respecto por el art. 3, párf. 1º del Código Civil, se inicia una vorágine normativa, caracteriza por circunscribirse a determinados ámbitos, que se ve reflejada en la normativa que pasamos a relacionar. No obstante, a estos efectos conviene puntualizar, que el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil constituye un punto de inflexión en esta dinámica de regulación sectorial, por introducir una normativa más adaptada a las exigencias sociales, sentando las bases que permiten afirmar el valor probatorio del documento electrónico, aunque éste no sea reconocido expresamente como medio de prueba .

La Ley del Patrimonio Histórico, de 25 de junio de 1985 viene a reconocer en su art. 49 el documento electrónico, al definir el documento en general como << toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquier otra expresión gráfica, sonora o en imagen, recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos>>.

Orden de 7 de abril de 1988, del Ministerio e Economía y Hacienda, sobre despacho de mercancías, por la se admite la transmisión de datos codificados a la Oficina de Aduanas, previa la autorización de la Dirección General de Aduanas.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, crea un mercado único e integrado mediante una interconexión informática que permita la inmediata compensación y liquidación de valores. Su art. 5 permite que los valores negociables puedan representarse por medio de anotaciones en cuenta o por medio de títulos tradicionales. Los primeros

tendrán lugar mediante transferencias contables (art. 9). La Ley prevé una red informática de interconexión bursátil de ámbito nacional.

Orden de 10 de abril de 1989, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se aprueban los soportes magnéticos legibles automáticamente, a utilizar por las entidades gestoras de fondos de pensiones.

Ley 10/1992, de 30 de abril, de Reforma Procesal, al relacionar en su art. 1429 LEC los títulos que llevan aparejada ejecución, introduce con el núm. 7 los valores representados mediante anotaciones en cuenta.

Real Decreto 1368/1992, de 13 de noviembre, de Reforma del Reglamento Notarial, introduce el procedimiento informático en el Registro de Actos de Ultima Voluntad (Art. 4 del Anexo). La información que los Colegios Notariales deberán remitir periódicamente a estos Registros, se enviará en soportes informáticos (Orden de 4 de diciembre de 1992, del Ministerio de Justicia). Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notario, actuando en consecuencia, ha establecido los mecanismos necesarios para que los partes testamentarios y los de iniciación de las actas notariales de declaraciones relativas a testamentos abintestatos se adapten a las nueva normativa mediante la utilización de soportes informáticos (Circular de 31 de marzo de 1993).

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, reconoce el valor probatorio de los actos administrativos documentados por medios informáticos. El art. 45.1.5, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, introduce la novedad de "las copias originales" las cuales equipara a los originales, si bien con una serie de requisitos para su validez y eficacia, a la sazón, que quede garantizada su autenticidad, la integridad y, en su caso, la recepción del interesado.

Ley de 28 de diciembre de 1992 sobre el Impuesto del Valor añadido, en su art. 88 se recoge que <<la repercusión del impuesto deberá efectuarse mediante factura o documento análogo, que podrán emitirse por vía telemática, en las condiciones y con los requisitos que se determinen

reglamentariamente>>. Ley desarrollada por Real Decreto de 29 de diciembre de 1992, conocido como el Reglamento del IVA, reconociendo el valor de facturas originales a las facturas remitidas por medios telemáticos.

Real Decreto 253/1994, de 29 de diciembre, de Reforma de los Reglamentos Notarial e Hipotecario, por lo que respecta a la materia que nos ocupa, recoge el telefax como medio de transmisión de información y de comunicación entre los distintos Registros Notarial, Hipotecario y de la Propiedad, así como de los Organos Jurisdiccionales. Por su parte la Disposición Adicional Unica establece para todos los Registros de la Propiedad la obligación de informatizar el Diario.

Circular 13/1992, de 26 de junio, por el que Reforma el Sistema Nacional de Compensación Electrónica, estableciendo que las comunicaciones entre las Entidades asociadas y el servicio de liquidación del Banco de España, se efectuará a través de un proceso informatizado, pasando a ser este procedimiento el sistema ordinario de liquidación de obligaciones.

Circular /1992, de 8 de octubre, de la Comisión Nacional de Valores, establece un sistema de codificación de los valores negociables.

Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónica, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.

4. MARCO LEGAL DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA Y PERSPECTIVAS

4.1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

El art. 24.2 de la Constitución Española reconoce el Derecho fundamental a la actividad probatoria. Una primera impresión del enunciado de dicho precepto constitucional << todos tienen derecho (...) a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa>> nos podría inducir a pensar, que todos los medios de prueba deberían ser admitidos siempre que

estimásemos que son los oportunos para nuestra defensa. Hay que advertir, que no es este el propósito del legislador, dado que los medios de prueba vienen determinados por la ley, en este supuesto por dos textos legales (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil). El verdadero propósito del legislador consiste básicamente en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el órgano jurisdiccional.

Este artículo viene a enumerar lo que, grosso modo, son los “derechos constitucionales de contenido procesal” (STC 51/1985, de 10 de abril) y, como tal, inseparable del derecho mismo de defensa jurídica, en este sentido la STC 246/1994, de 19 septiembre es bastante clara <<sí a la parte se le niega la prueba pertinente se le priva de un medio legal para la prueba de sus intereses>>.

Siguiendo a SÁNCHEZ CARRIÓN, el que al referirse al Derecho Fundamental que venimos comentando, manifiesta, que éste presenta una doble línea de proyección de su eficacia, de una parte por cuanto constituye un parámetro para fijar el contenido constitucional de las Leyes, en el sentido de que éstas no deben vulnerar el contenido esencial del derecho y, de otra, es un derecho y una norma directamente ejecutable y aplicable³.

Desde una perspectiva constitucional, el Derecho fundamental a la actividad probatoria supone el ejercicio de un derecho constitucional por los litigantes y la necesaria observancia por los Jueces y Tribunales en todos los procesos.

4.2. CÓDIGO CIVIL Y LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Textos legales en los que se recoge una regulación dual (arts. 578 y ss. LEC y 1215 y ss. CC) de los medios de prueba en el ámbito civil, coincidiendo prácticamente en su contenido, si bien en algunos supuestos con un mero cambio de denominación, salvo en lo relativo a la prueba por

▪ ³ SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis "La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes" *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 1811, 1997, pp. 2493-1505.

indicios o presunciones, cuya regulación sólo es contemplada en el Código Civil.

La doctrina censura esta regulación en el ámbito civil por reiterativa, considerando que hubiera sido suficiente con que apareciera recogida en un sólo texto legal, siendo la Ley de Enjuiciamiento Civil la más apropiado en este sentido, por ser la prueba elemento integrante de una de las fases del procedimiento. En esta línea parece pronunciarse el legislador del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien no se refleja en las Disposiciones Derogatorias⁴.

Habría que preguntarse si la relación de medios de prueba que se establece en ambos textos legales, constituye una lista de números clausus o por el contrario está abierta a otros supuestos. Desde el punto de vista jurisprudencial y concretamente en alguna de las sentencias que hemos tenido oportunidad de reseñar, el Tribunal Supremo en principio se pronunció por una lista cerrada (STS 30 Nov. 1981), no obstante y llevado por la proliferación de estos medios y la imposición de la realidad, en STS de 30 de noviembre de 1992, apuesta por una línea aperturista al pronunciarse su fundamento primero en el siguiente sentido "... No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil no han de reputarse herméticamente cerrados..."

4.3. PROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Ya en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como se desprende del espíritu que informaba su Introducción, se hacía hincapié en la necesidad de adecuar la normativa vigente en el ámbito procesal civil a las nuevas circunstancias sociales, aprovechando para ello, no sólo los preceptos acertados de la Ley de 1881, sino, también, la ingente jurisprudencia y doctrina de muchas décadas. Pretensión que sigue inspirando a su vez el reciente Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, así, en su Exposición de Motivos, ya se aventura la existencia de numerosos e importantes cambios en

▪ ⁴ Véase Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento dic. 1997

su articulado relacionados con los medios de prueba, entre ellos, el de optar por no establecer una relación de números clausus de medios de prueba y, lo que es más importante, la de admitir como medios de prueba, no sólo los instrumentos que recogen la imagen y el sonido, tal y como se hacía en el Anteproyecto, sino ampliando dicha relación a los instrumentos que permitan recoger datos, cifras y operaciones matemáticas.

Efectivamente, la regulación del Anteproyecto, en cuanto a las posibilidad de admitir el documento electrónico como medio de prueba, era más restrictiva que la regulación plasmada en el Proyecto. Así, si bien el Anteproyecto en el punto IV de la Introducción, párrafo cuarto, al referirse al concepto y práctica de los medios de prueba, resaltaba el hecho de que estos se clarificaban y modernizaban, introduciendo al efecto un nuevo medio de prueba basado en la reproducción de imágenes, palabras y sonidos (art. 351.2). Lo cierto es que a la luz de su articulado se hacía necesario acudir al apartado 3º del art. 351, para encontrar una vía por la que introducir el documento electrónico como medio de prueba. Con el Proyecto, sin embargo, la regulación en este sentido ha experimenta un avance considerable, por lo que, siendo consecuente con la pretensión de adecuarse a la realidad del momento, advierte ya en el apartado XI de su Exposición de Motivos, como la ley prevé <<...la utilización de nuevos instrumentos probatorios, como soportes, hoy no convencionales, de datos, cifras y cuentas>>, instrumentos a los que atribuye una consideración análoga a la de las pruebas documentales, plasmándose tales consideraciones en el art. 301.2., de su parte dispositiva.

Con esta innovadora regulación, no sólo no se hará necesario tener que seguir forzando la ley, como ocurre con su actual regulación, para hallar la fórmula por la cual introducir el documento electrónico como medio de prueba. Sino que tampoco habrá que acudir a otros medios de prueba para incluir en él al documento electrónico, tal y como sucedía con la regulación establecida al efecto por el Anteproyecto, en el que, al no contemplar, ni expresa, ni tan siquiera tácitamente, el documento electrónico como medio de prueba, surgía la necesidad imperiosa de acudir al art. 375, para hacer viable su admisión a través de los medios documentales de prueba, al recoger literalmente <<Se considerarán documentos privados, a efectos de prueba en

el proceso, aquéllos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 368>>, el cual relacionaba las clases de documentos públicos. De esta forma, se solventa igualmente el problema que planteaba la regulación del Anteproyecto con relación a los originales y copias. En este sentido, recordemos, que al establecer la forma en que habían de presentarse los documentos privados (arts. 376, 270 y 267.1) preceptuaba expresamente que se presentarían por medio del original, circunstancia que plantea serios problemas en materia de soportes magnéticos, pues sabido es, que no es dable realizar distinciones entre original y copia (al menos, la mayoría de la doctrina así lo entiende), por lo que, ante tal dificultad, no quedaba otra opción que considerar todos los documentos electrónicos como copias, con las consecuencias que ello conllevaría, entre otras, la incertidumbre que entrañaba la referencia que se hacía de quedar <<... a reserva de lo que resultara del periodo de prueba >>.

No obstante, con relación al problema de los originales y copias que se planteaba en la regulación establecida al efecto por el Anteproyecto, hemos de advertir, que el Proyecto introduce en este sentido importantes reformas, llegando incluso a desaparecer la referencia expresa de los originales en el actual art 265.1 del Proyecto. Circunstancia que suaviza en gran medida el problema aludido, pues, no hemos de olvidar, tal y como ya hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto, que la regulación relativa al documento electrónico camina paralelamente a la establecida para las pruebas documentales. Empero, el Legislador contempla algunas cautelas en el apartado 6 del art. 265, que conviene tener presentes, pues de alguna manera sigue latente la necesidad de un pronunciamiento jurisprudencial que obvie la incertidumbre de los originales relativos al documento electrónico.

No obstante, hemos de manifestar, que en el supuesto hipotético en que no existiera el transcendental apartado 2 del art. 301 del Proyecto y, en consecuencia, si no se hubiera relacionado tácitamente el documento electrónico como medio de prueba, aún quedaría abierta la vía del nuevo art. 325 del Proyecto, a fin de hacer valer el documento electrónico como elemento de prueba, pues atendiendo a su redacción, nada impide considerar el documento electrónico como un documento de carácter privado, dado que dicha redacción es una fórmula en blanco capaz de subsumir todo

documento que no sea calificable de público. Pero, aún va más allá el legislador, por cuanto no sólo recoge una relación de documentos que pueden consistir en dibujos, fotografías, croquis, planos, sino también, por cuanto en el artículo 334 se refiere a los <<documentos que no sean escritos>>, lo que supone un gran avance al reconocer el esfuerzo realizado por cierto sector doctrinal, quienes han procurado desvirtuar la idea de vincular la escritura al documento como algo consustancial a este. Identificación, por otra parte, que tantas trabas ha conllevado de cara a considerar el documento electrónico como una categoría de documento en sí mismo considerado.

Para más abundamiento, a lo largo de la regulación establecida en el Proyecto, se recogen muestras que apuntan hacia un aperturismo legislativo de lo que ha de entenderse por documento, en este sentido, sirva como botón de muestra el texto del art. 810.1ª, el cual, al regular los procesos monitorios, viene a reconocer como documentos que acreditan la deuda que reclama el acreedor, <<...cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, (...) o cualquier otra señal física o electrónica, ...>>, lo que, además de reconocer la realidad del documento electrónico como documento estrella en las transacciones comerciales, viene a corroborar las palabras del legislador, al atribuir al documento electrónico una consideración análoga a la de las pruebas documentales.

De trascendente puede calificarse la postura esbozada por el legislador al pronunciarse sobre la conveniencia de eliminar la regulación dual de los medios de prueba en materia civil, recogida en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumentando, como base que justifique la posibilidad de adoptar tal medida, de una parte, la regulación que en el Proyecto se recoge de las presunciones como método para fijar la certeza de ciertos hechos, cuya ausencia se hacía de menos en la ley procesal y, por otra parte, por entender suficientemente regulada la carga de la prueba. De cualquier manera, tal pretensión de eliminar la regulación dual en la actualidad existente, en principio no se contempla en las Disposiciones Derogatorias del Proyecto. En este sentido, sí sería deseable que se consolidara en el futuro, por entender que los mayores reparos para reconocer la naturaleza documental del documento electrónico o

informático, derivan precisamente de la regulación al efecto establecida por el Código Civil.

En definitiva, por lo que respecta al documento electrónico como medio de prueba, podemos destacar como innovaciones contempladas por el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el texto procesal civil vigente desde 1881, las siguientes:

- El legislador del Proyecto opta por reconocer tácitamente el documento electrónico como nuevo medio de prueba con base en el art. 301.2
- Se reconoce al documento electrónico una consideración análoga a la de las pruebas documentales, tal y como expresa el legislador en la Exposición de Motivos, apartado XI
- Se da por extinguida la vinculación tradicional del documento a la escritura, admitiendo con ello la existencia de otros documentos cuya expresión pueda revestir una forma distinta a la escritura (arts. 334 y 810, entre otros).
- Se pone de manifiesto la inseguridad jurídica a que conduce la ausencia de un posicionamiento jurisprudencial, con relación a la consideración que deben tener los documentos electrónicos, respecto a la existencia de originales y copias. La doctrina mayoritaria se inclina por la inexistencia de los originales, si bien, no faltan argumentos que justifiquen otras posiciones doctrinales.
- Se vislumbra la posibilidad de dar por zanjada la dualidad de regulaciones de la prueba civil, al contemplar el legislador la posible derogación de algunas de las normas al efecto recogidas en el Código Civil.

4.4 BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA EUROPEA

La Directiva 95/46/CE no sólo contempla dentro de su ámbito de aplicación la inclusión del sonido y la imagen como datos personales, sino que, además, los amplía a todos los aspectos del sector audiovisual, en concreto, el Considerando 14 se refiere a cualquier manipulación sobre datos relativos a las personas físicas constituidos por sonidos e imagen, salvo la exclusión a que se refieren los Considerandos 16 y 17. En este sentido, también el Art. 1.4 del Reglamento 1332/94, por el que se desarrolla la LORTAD, incluye como datos de carácter personal toda información, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, si bien, con un carácter más restrictivo que la Directiva, puesto que no los hace extensivos a todo el sector audiovisual⁵.

Por otra parte, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un marco común para la firma electrónica (COM (1998) 297final) introduce importantes novedades en orden al valor probatorio del documento electrónico y, más concretamente, de la firma electrónica. En palabras de LÓPEZ CRESPO, supone la << apuesta europea para regular armónicamente la autenticidad y la integridad >>, procurando un equilibrio entre la protección de los derechos de los particulares y el crecimiento de la sociedad de la información, contemplando al efecto las garantías necesarias que, incluso, lleguen a superar las propias del documento en papel escrito⁶. En palabras del autor, los servicios de certificación y los certificados cualificados son las piezas clave de la directiva,

▪ ⁵ Véase, para más abundamiento, en cuanto a las implicaciones de la Directiva 95/46/CE, mi trabajo "La Directiva 95/46/CE como criterio unificador". - Marco legal y Deontológico de la Informática - *Informática y Derecho* 19-20. Mérida 1998. También en *Revista del Poder Judicial*, nº 48, CGPJ, pp. 165-234

▪ ⁶ Conferencia impartida por LÓPEZ CRESPO, Fco., como Jefe del Área de Sistemas Telématicos del Ministerio de Administraciones Públicas, en el X Congreso de Seguridad en Tecnología de la Información y Comunicaciones, bajo el título de la ponencia "La Propuesta de Directiva sobre firma electrónica. El Papel de los Servicios Públicos de Certificación". Madrid, 28 abril 1999.

la que, a su juicio, se sustenta en cuatro pilares, los que, grosso modo, podemos resumir en los siguientes:

- Se reconoce, con carácter general, la legalidad de las firmas electrónicas. A efectos procesales de prueba y en condiciones de igualdad con la firma manuscrita, contempla como mecanismo de garantía la figura de la firma electrónica avanzada, basada en un certificado reconocido emitido por un servicio público de certificación cualificado

- Reconocimiento legal de los servicios públicos de certificación y acceso al mercado de éstos atendiendo a los principios de intervención mínima y responsabilidad. Asimismo, contempla un marco jurídico para determinados servicios de certificación accesibles al público al objeto de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior y su desarrollo, sin que se pueda restringir la prestación de servicios de certificación procedentes de Estados miembros. Ha de tenerse muy en cuenta, que la Directiva establece la posibilidad de un marco voluntario de acreditación, por lo que pueden existir servicios y certificados ajenos a los contemplados por esta. Por otra parte, establece un sistema de responsabilidad del proveedor de los *servicios de certificación por la veracidad* y seguridad de los certificados emitidos.

- Para favorecer el desarrollo del comercio electrónico, se procura una neutralidad, a tal fin, se evita priorizar unas tecnologías sobre otras y se articulan mecanismos de equivalencia con los certificados emitidos por servicios establecidos fuera de la Unión Europea.

Reconocimiento internacional de la firma

5. CONCLUSIONES

La realidad social impone unos cambios como consecuencia de la revolución de las nuevas tecnologías que inciden sobre manera en el modo de concebir la información. Fruto de estos cambios, surge una novedosa forma de documentar y reproducir la información dimanante de su tratamiento automatizado, mediante lo que se ha dado en llamar, el documento electrónico o informático, el cual, a pesar de las reticencias iniciales para su reconocimiento como elemento de prueba individualmente considerado, ante la evidencia de su inexorable implantación social, termina orientando la evolución jurisprudencial hacia su renacimiento, si bien, cabe decir, que aún en nuestro días se halla en un periodo de transición, que a buen seguro culminará, no sólo con su pleno reconocimiento como medio de prueba, sino como la forma habitual de documentar la información, terminando por desbancar al tradicional soporte papel escrito.

Hemos puesto de manifiesto, como el legislador del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, superando las limitaciones que dejaba traslucir la redacción del Anteproyecto, introduce importantes novedades en materia de prueba, relacionando un nuevo medio o modo, como es el relativo a la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir datos, cifras y operaciones matemáticas..., lo que implica un reconocimiento tácito del documento electrónico como medio de prueba. En consecuencia, se superan las importantes trabas que implicaba la tradicional identificación del documento con la indisoluble unión soporte papel y escritura, circunstancia que hemos podido constatar, entre otros, a tenor de los arts. 334 y 810.1 del Proyecto.

Las novedades referidas, posiciona a los artífices del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en una realidad de total asunción de los postulados propios de la llamada sociedad de la información, abogando por un pleno reconocimiento del valor probatorio del documento electrónico y de la superación del binomio papel-escritura como contenido identificativo de todo documento.

No obstante, la importancia de los avances experimentados, queda aún pendiente de abordar una normativa específica que regule expresamente los requisitos y características del documento electrónico y su valoración. Hasta el momento, el legislador ha optado por acudir a la normativa tradicional contemplada en los arts. 578 y ss. LEC y 1215 y ss. CC, saliendo al paso de las dificultades que pudieran ir planteando las constantes innovaciones tecnológicas, acudiendo a pequeñas reformas normativas de carácter sectorial. Aunque bien es cierto que dicha realidad, como hemos tenido oportunidad de constatar, experimentará un cambio sustancialmente con la regulación que al efecto perfila el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando constancia de la necesidad de zanjar la tradicional regulación dual de los medios de prueba amparada al cobijo de los textos normativos antes citados.

De trascendental consideramos el paso dado en el ámbito europeo con la regulación introducida por la Directiva 95/46/CE y por las expectativas creadas con la Propuesta de Directiva sobre firma electrónica (COM (1998) 297 final). De una parte, la Directiva, al reconocer la imagen y el sonido como un dato de carácter personal, pone de manifiesto la necesidad de ir asimilando a todos los niveles las innovaciones propias de las TIC, que, como el documento electrónico, implican una revolución en las formas tradicionales de entender la sociedad. De otra parte, la Propuesta de Directiva que, entre otras muchas novedades, contempla la de introducir con carácter general el renacimiento legal de las firmas electrónicas y, en particular, con respecto a las firma electrónica avanzada, su admisión como prueba a efectos procesales, en condiciones de igualdad con la firma manuscrita.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José M., "Informática y Derecho Penal. Los Delitos relativos a la Informática", El Código Penal de 1995, Parte Especial, *Estudios Jurídicos*, CGPJ, 1996, pp. 195 -214

CARRASCOSA LÓPEZ, Velentín, "Valor Probatorio del Documento Electrónico" *Revista Informática y Derecho* Vol. 8, UNED, Centro Regional de Extremadura, 1995, pp.133-173

"El Derecho de la Prueba y la Informática. Problemática y perspectivas". *Revista Informática y Derecho* Vol. 2, UNED, Centro Regional de Extremadura, 1995, pp. 13-162.

ELÍAS BATURONES, Julio José, "La Jursiprudencia ente el documento electrónico (o en soporte no escrito). Su aceptación como prueba documental" *Tapia*, Octubre- Noviembre 1996, pp. 65-73

GARCÍA CARIDAD, José Antonio, "Algunos Problemas sobre la Prueba Documental" *Cuadernos del Poder Judicial*, (C9311-4), CJPJ.

HERRERO HERRERO, Cesar, "Modelos peculiares de estafa, estafas con tarjeta de crédito, con y sin banda magnética. Estafas por medio de ordenador" *Boletín Informativa*, Núm. 1701, Ministerio de Justicia, 1994, pp. 117-139

LÓPEZ CRESPO, F. "La Propuesta de Directiva sobre firma electrónica. El Papel de los Servicios Públicos de Certificación". X Congreso de Seguridad en Tecnología de la Información y Comunicaciones, Madrid, 28 abril 1999.

ORTIZ NAVACERRADA, Santiago, "La prueba de documentos privados en el proceso civil" *Cuaderno de Derecho Judicial* (C 9311), CGPJ.

PRIETO GUTIÉRREZ, Jesús M^a. "La Directiva 95/46/CE como criterio unificador". - Marco legal y Deontológico de la Informática -

Informática y Derecho 19-20 Mérida 1998. También en *Revista del Poder Judicial*, nº 48, CGPJ, pp. 165-234

ROUANET MOSCARDÓ, Jaime "Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico", *Revista Informática y Derecho*, nº 1, UNED, Centro Regional de Extremadura, 1992, pp. 163-176

SÁNCHEZ CARRIÓN, Joaquín Luis "La incidencia en los procesos civiles del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes" *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia, núm. 1811, año 1997, pp. 2493-1505

ANEXOS

