

Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico*

JAIME ROUANET MOSCARDÓ

Magistrado adscrito al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

Introducción

De forma paralela a las sucesivas aplicaciones de la tecnología informática en distintos sectores de la experiencia jurídica se ha producido, en los países técnicos más avanzados, una progresiva promulgación de normas jurídicas que tienen como objeto inmediato reglamentar diferentes aspectos de la informática¹. Y, como contrapunto a la "Informática jurídica", conjunto de aplicaciones de la informática en el ámbito del derecho, en la que la informática es instrumento del mismo, se está forjando, en nuestros días, una nueva disciplina jurídica, el "derecho de la informática o derecho informático"², que engloba el conjunto de leyes, normas y principios encaminados a disciplinar la utilización de la informática y la telemática, en el que la informática es el objeto del derecho. Puede, pues, afirmarse que si la informática jurídica tiene por objeto la aplicación instrumental de la informática al derecho, el derecho informático tiene por objeto la aplicación del derecho a la informática. Aquella es una disciplina bifronte, pues se entrecruzan una metodología tecnológica con su objeto jurídico que, a su vez, condiciona las propias modalidades de tal aplicación;

* Conferencia impartida el 11 de mayo de 1990, durante el XIV Curso de Informática y Derecho, celebrado en el Centro Regional de la UNED de Mérida.

■ 1 Antonio Enrique Pérez Luño: "Nuevas Tecnologías, sociedad y derecho". Libros Fundesco. Colección Impactos. Madrid, 1987.
■ 2 V. Frosini: "De la informática al derecho informático", en *Informática e Derecho*, 1983, núm. 2.

éste, el derecho informático, es una disciplina inequívocamente jurídica, integrada por las normas de los ordenamientos internacionales que regulan un objeto peculiar: la informática. El derecho informático no es una simple síntesis de aspectos parciales y específicos de otras ramas jurídicas ya consagradas, ni un mero rótulo para reagrupar una serie de problemas conexos con un campo de estudio peculiar, sino, realmente, un derecho propio o una nueva disciplina jurídica independiente, que posee idénticos títulos científicos para alcanzar tal entidad autónoma como antes los tuvieron otras materias jurídicas novedosas como, por ejemplo, el derecho aeronáutico, el derecho espacial, el derecho comunitario europeo,... Disciplina en que, si la informática constituye su objeto inmediato, su objeto mediato es la información, y en la que, como materias de reglamentación puntual, pueden contemplarse, entre otras, las siguientes problemáticas: 1ª. Regulación de los bienes informacionales 2ª. Protección de los datos personales 3ª. Flujo de datos transfronterizos; 4ª. Protección del software o de los programas; 5ª. Delitos informáticos; 6ª. Contratos informáticos; 7ª. Ergonomía informática; y 8ª. Valor probatorio de los soportes modernos de información (provocado por la dificultad en la aceptación y apreciación de elementos de prueba derivados de estos soportes entre los órganos jurisdiccionales)³.

Queda así enmarcado y sistematizado, este último punto, objeto de análisis en este trabajo, dentro del amplio mundo interdisciplinar que surge del contacto de la informática y del derecho.

Documento en General. Innovaciones Tecnológicas

El desarrollo actual de la Tecnología ha provocado el surgimiento de diversos instrumentos que, por sus características, se apartan de los tradicionales; así desde los más simples hasta los más sofisticados: máquina de escribir, telégrafo, teléfono, fonógrafo, cinematógrafo, dictáfono, cinta magnetofónica, fotocopidora, contestadores telefónicos automáticos, procesadores de textos, correo electrónico, videotex, telefax, télex, satélites de comunicación.

Dentro de esta proliferación, producto de un constante aumento de tales instrumentos en función de los veloces avances técnicos, es evidente que existe una fagocitación de los medios más modernos respecto a los más antiguos, de modo que van sustituyéndose unos a otros.

Estos instrumentos es obvio que pueden incidir sobre el campo procesal de la prueba. Hasta ahora la doctrina se había ocupado de estudiar como "nuevos medios probatorios" las llamadas pruebas técnicas y científicas, a modo de casos de laboratorio, de repercusión sectorial y limitada en lo atinente al proce-

■ 3 Julio Téllez Valdés: "Derecho informático". Instituto de Inve st i c i o n e s J u r í d i c a s . U n i v e r s i d a d A u t ó n o m a d e M é x i c o . M é x i c o , 1 9 8 7 .

so (películas cinematográficas, radiografías, cintas magnetofónicas, grabación de escuchas telefónicas,... aunque estos dos últimos supuestos han dado ya lugar a una rica jurisprudencia en derecho español). Por el contrario, con las tecnologías de funcionamiento digital y enlace a distancia, con lo que se ha dado en llamar "documento electrónico o informático", no se está ya ante casos relativamente poco aplicables, sino que nos enfrentamos con la necesidad de tener que validar como medio probatorio una también nueva, pero mucho más potente y masiva, forma de expresión del pensamiento y de la actividad humanos: una tecnología de tales características que, en el plano social y económico, irá pronto en el camino de competir nada menos que con el "papel", el portador documental por excelencia, por lo que, a su vez, sobrevendrán necesariamente consecuencias de tipo jurídico muy importantes⁴.

Dicho tema está íntimamente ligado con otro de naturaleza conexas. Los Tribunales están en una fase de informatización integral, en la que se automatizan tanto las actividades de gestión como, en un futuro, las más intelectuales de matiz resolutorio. Y será esta anhelada (y, en parte ya, una realidad en España) incorporación de la informática, de la actuación en "tiempo real", a la gestión judicial lo que irá determinando una progresiva aceptación del soporte electrónico, en tanto medio probatorio hábil y natural dentro de ese nuevo contexto de trámites también electrónicos (siempre que fueran emergiendo, de manera paralela, niveles de seguridad y fiabilidad cada vez mejores).

En los países civilizados, la economía y el comercio se apoyan en el registro y plasmación documental de sus operaciones; y, dentro de la variada gama de materiales utilizados para su confección, ha sido el "papel" el que ha logrado aceptación y universalidad con el correr de los tiempos, al punto que muchas veces se confunde el "contrato" mismo con dicho material. A partir, sobre todo, de la invención de la imprenta es el papel, al que se incorpora la escritura en signos alfanuméricos, la forma más común de registrar perennemente la actividad entre los hombres. Si a ello le agregamos la posibilidad de incorporarle un grafismo particular, como es la firma, que denota la autoría, paternidad y veracidad del contenido y del conjunto global, se explica el prestigio y difusión de dicha modalidad, tanto en su función de mero transmisor de informaciones como, además, en la de portador de fehcencia y credibilidad, o sea, como válido y probatorio para la Ley. Sin embargo, en la sociedad actual se está pasando de aquella clásica y ya tradicional forma de registro y comunicación hacia otra, prácticamente en masa, apoyada en los nuevos medios digitales e informáticos, que potencian el intercambio de comunicación eliminando barreras de tiempo y de espacio. McLuhan, en su obra "La Galaxia Gutemberg", destaca el salto cualitativo que se ha producido en el plano social, hacia un am-

■ 4 Marcelo Bauza Reilly: "El derecho procesal y las nuevas tecnologías reproductivas de información". Primeras jornadas nacionales de derecho informático del Uruguay. 2122 de Mayo de 1987.

biente multiforme donde el ser humano tiende a perder su centro de conocimiento y de equilibrio frente al incesante bombardeo de nuevas informaciones apoyado en nuevas técnicas de comunicación electromagnéticas. Es obvio, que el documento y la técnica informáticos resultan más veloces que el medio escrito y, por ello, terminarán por imponerse, al contribuir mejor a la obtención de los valores de seguridad y realización del derecho que se persiguen en el proceso moderno. Habrá que hallar el punto de equilibrio necesario para no caer en una espiral de alienación incontrolada; y habrá que ir delineando las pautas de confiabilidad que permitan hacer del documento o soporte electrónico un provechoso medio probatorio judicial. Estos instrumentos, aceptados por fuerza de la misma necesidad e incluso costumbre, resultan ya socialmente obligatorios e irremplazables en el tráfico jurídico. Por supuesto, estas nuevas modalidades de plasmación contractual o del pensamiento con trascendencia jurídica no armonizan, totalmente, con el esquema tradicional de nuestros códigos en materia de consentimiento, prueba de la existencia del negocio, firma, fecha cierta,...; sin embargo, la comunidad, inmersa en el tráfico de masas, asume deberes, admite el nacimiento de obligaciones y reconoce efectos a los actos materializados mediante estas técnicas automatizadas sin necesidad de que se emitan declaraciones de voluntad encaminadas a tal fin; la libertad de formas se manifiesta, de este modo, en toda su plenitud⁵.

Procede, pues, interrogarnos, ya, sobre: ¿los soportes informáticos o el documento electrónico son un nuevo mecanismo de prueba o pueden reconducirse a alguno de los medios ya estereotipados en nuestro derecho? ¿qué requisitos requieren para ser admitidos como medio de prueba procesal? ¿qué garantías se exigen para concederles valor probatorio?

Nuestros órganos judiciales, por falta de medios, han sido mantenidos por el poder político, hasta hace poco, en condiciones de funcionamiento que pueden calificarse de arcaicas, apartados de los progresos materiales que podrían haber desarrollado sus técnicas de trabajo; sólo habían conseguido atravesar el umbral de su operatividad, y a veces con resistencia, la máquina de escribir, el bolígrafo, el telégrafo y el teléfono. Pero aún hay más. También es indudable que los propios tribunales se han anquilosado y viven todavía, en parte, con la mentalidad de la época en que se promulgaron nuestros grandes Cuerpos legales, esto es, con la actitud propia de finales del Siglo XIX. Así ha venido ocurriendo con los medios de prueba y, en concreto, con las pruebas no previstas por la Ley. El tema de la prueba de las obligaciones en el ordenamiento español viene regulado en los artículos 1215 del Código Civil, 47 del Código de Comercio y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se plantea la cuestión de dilucidar si nos encontramos ante un supuesto de numerus clau-

■ 5 Hortensia Vaz Flores y Edgardo Jorge Dall'Aghio: "Recepción legal de las nuevas tecnologías de la información en el proyecto de unificación civil y comercial de la República Argentina". 4º Congreso Internacional de Informática y Reglamentación jurídica. Roma, 1621 de Mayo de 1988. Sesión III, núm. 23.

sus o de numerus apertus; en definitiva, y por lo que al problema aquí planteado se refiere, si los nuevos soportes de información o documentos electrónicos pueden considerarse como un encuadrado dentro de la clasificación establecida en los citados artículos 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La mayor parte de la doctrina, por lo general, considera que los soportes utilizados en el área de la informática no pueden considerarse como autónomos medios de prueba, sino que se enmarcan dentro de la prueba documental y, más concretamente, en el concepto de "instrumentos, archivos, asientos o papeles privados" a que se refiere el artículo 1228 del Código Civil ó el artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶.

No debe olvidarse que el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, dadas sus fechas de promulgación, 1889 y 1881, no pueden referirse más que a las pruebas conocidas entonces, pero ello no debe implicar que el tiempo quede detenido en esa década. En el siglo transcurrido, han aparecido multitud de nuevos instrumentos que la ciencia y la técnica han puesto a disposición de los hombres, y negar su aplicación en el proceso es cerrar los ojos ante el mundo que nos rodea. En el caso de que abogados y jueces no hagan uso de ellos, ni se pronuncien sobre su virtualidad probatoria, puede llegarse a una tal disociación entre la práctica judicial y la vida social que, en ciertos casos, podría hablarse de indefensión procesal. Una interpretación coherente del artículo 24 de la Constitución de 1978, que ponga en relación el párrafo 1, en lo relativo a la prohibición de indefensión, y el párrafo 2, que reconoce el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, debe llegar a la conclusión de que en el proceso han de ser admisibles, en principio, como prueba, todos los nuevos descubrimientos y avances técnicos y, como consecuencia, que su inadmisión debe abrir la posibilidad del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. El artículo 24.2 parece referirse sólo al proceso penal, e incluso así se afirmó en la discusión parlamentaria, pero ello no ha impedido al Tribunal Constitucional extender las garantías en él contenidas a la actividad sancionadora de la Administración (Sentencia 8.6.1981) y aplicar la presunción de inocencia al proceso civil (Sentencia 1.4.1981). De todo ello se desprende que el resto de las garantías habrán de ser aplicadas al proceso civil; en concreto, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, o sea, todas las pruebas, incluso aquéllas que unas leyes del pasado siglo no pudieron preveer⁷.

Naturaleza del Documento Electrónico.

Cabe, ya, preguntar: ¿El soporte o documento electrónico es, pues, un medio probatorio documental?.

■ 6 José Luis Benavides del Rey: "La informática y su influencia en el ámbito del Derecho y las relaciones jurídicas", en la obra "Introducción a la Informática Jurídica". Libros Fundesco. Colección Impacto. Edición de Antonio M. Rivero y Adolfo Santodomingo. Madrid, 1986.

■ 7 Juan Montero Aroca: "Las cintas magnetofónicas como fuentes de prueba". Revista Poder Judicial, núm. 7, Junio 1983. Madrid.

Ya una sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 1956, en un proceso de nulidad de patente de invención por falta de novedad, reputó que era documento auténtico una "cerradura". Otra sentencia relativamente reciente de la misma Sala del Tribunal Supremo, de 30.11.1981, en relación con la denegación de una "grabación en cinta magnetofónica" venía a decir, en síntesis: "... es forzoso que las diligencias de prueba sean admisibles según las leyes... y siendo los siete medios de prueba que enumeran los artículos 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1215 del Código Civil y no otros los que pueden emplearse, la cuestión estriba en si la grabación en cinta magnetofónica tiene la consideración de "documento", y, si bien es cierto que tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como un escrito, o sea, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje, y que la inmensa mayoría de los documentos que se aportan a un proceso son escritos, ello no es óbice para que existan en la actualidad otros objetos que, sin tener esa condición, puedan hacer prueba fidedigna como aquéllos y que, por analogía, puedan equipararse a los mismos...".

Más restringida que la sentencia citada (en la que se advierte una cierta apertura o actitud de aceptación, aunque sea por la vía de la analogía) es la opinión del procesalista Valentín Cortés Domínguez⁸, para quien "documento es sólo y exclusivamente la representación de un pensamiento escrito en papel, pues el requisito de la escritura en papel se deduce, de forma bastante clara, de la mera lectura de las normas que regulan la prueba por documentos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 596 y SS.) y en el Código Civil (artículos 1216 y SS.). Cualquier otra manifestación de pensamiento escrito en materia distinta del papel no puede ser objeto de prueba de documentos, no tiene su eficacia probatoria; será, en todo caso, objeto de prueba de reconocimiento judicial que quedará sometida a las reglas de valoración y procedimiento reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Civil para la misma. Esto tiene especial importancia hoy día porque el desarrollo de la técnica parece ir arrinconando la utilización del papel escrito en el mercado y tráfico jurídico; tendencia, por demás, que irá a más conforme se vaya avanzando tecnológicamente. La utilización de cintas magnéticas, videomagnéticas, o cualquier otro medio de representación hablado o visual o digitalectrónica del pensamiento, pone al Derecho procesal ante el reto de la modificación de su vieja concepción de documento o ante la necesidad de ampliar y crear nuevos procedimientos que permitan poder utilizar como instrumentos probatorios otros instrumentos de reproducción del pensamiento que tienen fácil acomodo en la vida social moderna".

■ 8 Valentín Cortés Domínguez y otros tres: "Derecho Procesal. Tomo I. Volumen I. Parte General. Proceso Civil (1)". Editorial Tiránt lo blanch. Derecho. Valencia, 1986.

Aquí puede ya abogarse por considerar al soporte informático o documento electrónico, a efectos probatorios, como un propio documento. Y será electrónico, no sólo cuando esté incorporado a un soporte electromagnético (óptico, auditivo, informático) sino también cuando la electrónica intervenga en la elaboración de cualquiera de los elementos del documento; según esta bifronte conceptualización, quedan comprendidos dentro de los documentos electrónicos aún aquellos cuyo soporte físico es el papel, en tanto la electrónica haya participado en alguna etapa de su elaboración (como, por ejemplo, el certificado de antecedentes penales o cualquiera de las diligencias o resoluciones procesales emitidas a través de un sistema de gestión informatizado).

Si estamos hablando, pues, de documento electrónico, ya estamos categorizándolo como documento y, consecuentemente, como medio de prueba documental. En efecto, "documento es un instrumento, objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una declaración de voluntad que produce efectos jurídicos"⁹. Por consiguiente, sus notas básicas son las siguientes: Es un objeto, y esta corporeidad lo distingue de la prueba testimonial (relato efectuado por otra persona); es un objeto normalmente escrito, en el que, por tanto, se plasma algo mediante letras u otros signos trazados o impresos sobre papel u otra superficie, pero que, excepcionalmente, puede no ser escrito; y es un objeto en el que puede representarse un hecho natural o un acuerdo de voluntades (hecho voluntario, acto o negocio) o ser el resultado de una actividad o de un procedimiento. La electrónica puede incidir sobre estos dos últimos contenidos citados (el acuerdo o el procedimiento). A su vez, los mecanismos de impresión y los soportes admiten varias posibilidades, pues, en efecto, los soportes pueden consistir en papel, cartón, piedra, cuero, tela, y también pueden ser magnéticos, ópticos, informáticos,..., y los mecanismos de impresión pueden ser manuales, mecánicos, electrónicos..., operando por medio del lápiz, la tinta, la tipografía, los sonidos, los haces luminosos, los impulsos electrónicos, etc¹⁰.

En consecuencia, puede admitirse pacíficamente que la "electrónica" debe ser considerada escritura, a todos los efectos, y que, por tanto, el documento electrónico pertenece a la categoría de los documentos en sentido jurídico. La diferencia con el documento escrito tradicional está en el hecho de que la información memorizada sobre soportes informáticos no es inmediatamente comprensible por el hombre y requiere la intermediación y, en cierto aspecto, la traducción de la máquina; de ahí la necesidad de subordinar la validez jurídica del documento en forma electrónica de un modo comprensible a su posibilidad posterior de ser reproducido automáticamente sobre soportes de papel o cartón¹¹. En definitiva, el documento electrónico es un soporte material al que

■ 9 Eduardo J. Couture: "Vocabulario jurídico". Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. Montevideo, 1960.

■ 10 Julia Siri García de Alonso y María Wonsiak: "El documento electrónico". Primeras jornadas nacionales de derecho informático del Uruguay. 21 y 22 de Mayo de 1987.

■ 11 Giampiero Attili: "L'Atto giuridico in forma elettronica: efficacia partecipativa e validità giuridica". 4º Congreso Internacional de Informática y Reglamentación Jurídica. Roma, 1621 de Mayo de 1988. Sesión I, núm. 8.

se le ha impreso, por medios electromagnéticos, un pensamiento con un determinado significado. La diferencia con el clásico documento escrito estriba en que la impresión se ha hecho en un lenguaje especial, distinto al común, el "lenguaje de máquina"; pero se trata de un lenguaje tan codificado como cualquier otro. Para conocer el contenido del documento electrónico es necesario conocer el código al que está sometido, código por ahora fuera del alcance del hombre común. Pero el lenguaje común, tanto hablado como escrito, es también un sistema codificado, basado en voces o signos convencionales, que aprendimos desde muy temprana edad. No es nada difícil que, al término de una generación a la que se le ha enseñado desde los primeros años el lenguaje de la máquina, éste resulte automáticamente comprensible como el actual lenguaje. El lenguaje de máquina le resulta a los que hablan un determinado idioma, por ejemplo el castellano, tan impenetrable como un documento escrito en sánscrito, o en chino o japonés. El derecho contempla esta dificultad de un instrumento escrito en idioma extranjero cuando prescribe su traducción para que pueda servir de prueba. Del mismo modo, el mensaje electrónico puede servir de prueba sobre lo que informa desde que es traducido al lenguaje vulgar. El rápido e impresionante progreso tecnológico en materia de ordenadores permite que el propio ordenador traduzca sobre una pantalla y, mediante una impresora, sobre el papel cualquier contenido de su memoria, de su lenguaje, a los signos convencionales inteligibles por cualquiera¹². El ordenador se presenta como un nuevo y potente medio de comunicación, basado en un código de escritura difícilmente inteligible para el ser humano, que se conforma por símbolos que no pueden ser enunciados ni transmitidos directamente por el hombre sino que requieren la necesaria intermediación de la máquina¹³.

Un problema esencial del documento es el de su suscripción.

En efecto, el documento escrito se compone de datos e impresión en un soporte. Esa impresión comprende, normalmente, la representación del hecho y la firma. La firma puede definirse como un "trazado gráfico, conteniendo habitualmente el nombre, los apellidos y la rúbrica de una persona, con el cual se suscriben los documentos para darles autoría y virtualidad y obligarse con lo que en ellos se dice"¹⁴. Por tanto, la firma se puede componer del nombre y apellidos de la persona y, eventualmente, de su rúbrica, o bien puede consistir en otro trazado gráfico, o en iniciales, o en grafismos ilegibles. Lo que se requiere es la nota de habitualidad, como elemento vinculante de esa grafía o signo con su autor. Normalmente la firma tiene que ser siempre autógrafa u ológrafa, es decir, puesta de puño y letra por el firmante. Planiol y Ripert, al definir la firma, hablan de "inscripción manuscrita". Así parece desprenderse, también, de los artículos 688, 691, 695, 706, 707.3 y 5, 1225 y 1226, entre otros,

■ 12 Graciela Bello y Luis A. Viera: "Aspecto procesal del fenómeno informático". Primeras jornadas nacionales de Derecho informático del Uruguay. 2122 de Mayo de 1987.

■ 13 Hortensia Vaz Flores: "El documento en su faz electrónica". Segundas Jornadas de Informática al servicio del Derecho. Mar del Plata. Noviembre, 1986.

■ 14 Eduardo J. Couture. Obra citada en la nota 9.

del Código Civil, y 608.3, 1430, 1431 y 1433, entre otros, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La autografía u olografía está vinculada con la función y trascendencia de la firma, como vehículo que une a la persona firmante con lo consignado en el documento; la manuscrición implica la inmediatez, el contacto directo entre el suscriptor y el documento, y la voluntariedad de la acción y del otorgamiento. Sin embargo, la firma autógrafa no es la única manera de signar. De la definición antes transcrita resulta que la firma es un "trazado gráfico" y hay otros mecanismos que, sin ser firma autógrafa, constituyen trazados gráficos, que dan autoría y obligan. Así, las claves, los códigos, los signos y, en casos, los sellos son firmas en el sentido indicado. Hay documentos públicos, con pleno valor probatorio, sin firma autógrafa: así, los billetes de banco o papel moneda (que tienen firma facsimilar y otros elementos que aseguran su autenticidad) y los recibos de pago de impuestos (que llevan números, códigos y sellos de la dependencia o entidad en que fueron abonados); y, aún en el ámbito privado, la identificación o la autoría y la voluntariedad de la obligación resultan, a veces, de documentos que sólo tienen cifras o números, como los billetes de transporte de pasajeros. Por otro lado, la firma es un elemento muy importante del documento, pero no esencial, en cuanto existen documentos sin firma que tienen valor probatorio: por ejemplo, los asientos, registros y papeles domésticos (artículo 1228 del Código Civil) y los libros de los comerciantes (artículos 578.4 y 605 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En consecuencia, aunque, al igual que en el caso de los documentos comunes, puede haber documentos electrónicos sin firma, el documento electrónico es firmable, en el sentido de que el requisito de la firma autógrafa o equivalente puede venir sustituido, por el lado de la criptografía, por medio de cifras, signos, códigos o claves que permitan asegurar la procedencia y veracidad de tales pruebas.

Admisibilidad Probatoria del Documento Electrónico.

Partiendo de lo expuesto, pueden sentarse unas bases o condiciones que cabría exigir a un documento contenido o derivado de un soporte electrónico, para que fuera aceptado como medio probatorio por los Tribunales¹⁵: 1º. Que pueda demostrarse, por quien pretende valerse del mismo que, de modo notorio o normal, el equipo o hardware utilizado para la creación del documento es de tales características que cabe esperar con toda naturalidad un funcionamiento correcto del mismo. 2º. Que sea demostrable también la bondad de los procedimientos o software de datos utilizados en la entrada de la información al ordenador, o previos a la misma, de modo que quede asegurada así la exactitud de los registros en todo su recorrido. 3º. Que asimismo sean comprobables los métodos de almacenaje, tratamiento y elaboración de la información y de preparación de su salida, o software de programa, a fin de que resulten también los adecuados para garantizar la fiabilidad de registro. 4º. Que sea un

■ 15 Marcelo Bauza Reilly: Obra citada en la nota 4.

caso en el que el documento electrónico viene a hacer prueba en contra de su titular o propietario (en cuyo supuesto se le suele asignar un pleno valor probatorio). 5º. Que la veracidad de la información pueda ser corroborada por otros medios complementarios, como la confesión del interesado, el peritaje y la declaración testimonial de quienes intervinieron en el proceso de datos. 6º. Que puedan llegar a identificarse con precisión los sujetos participantes y las operaciones realizadas por cada uno de ellos en el proceso de elaboración del documento electrónico, de modo que, llegado el caso, se pueda acceder a un informe de cuántos operadores ingresaron información, en qué momento lo hicieron, qué archivos trabajaron y por cuánto tiempo en cada uno, etc. Todo ello sin perjuicio de reservar la responsabilidad jurídica frente a terceros del propietario o titular del documento en cuestión, en tanto verdadero formador del mismo en el sentido jurídico del término¹⁶.

En el ordenamiento jurídico y sistema procesal español puede soslayarse el impedimento inicial que para la admisión a efectos de prueba puede encontrar el documento electrónico en el aparente *numerus clausus* de los medios de prueba que se deriva del análisis conjunto de los artículos 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si se parte de la distinción entre fuentes y medios de prueba. En efecto, entre ambos conceptos y los consecuentes enfoques técnico jurídicos hay matices y diferencias¹⁷: la fuente de prueba se refiere a un concepto extrajurídico; los medios aluden a conceptos jurídicos y sólo existen en el proceso, en cuanto en él nacen y se desarrollan. Las fuentes son elementos que existen en la realidad; los medios consisten en la actividad que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso. La fuente, como anterior al proceso, existe independientemente de éste, pues aunque no existiera el proceso existiría la fuente; el medio no puede existir fuera del proceso, se forma en él y pertenece a él. Las leyes de enjuiciamiento, al regular el procedimiento probatorio, están disciplinando los medios, el cómo una fuente puede penetrar en el proceso, pero no necesitan enumerar exhaustivamente las fuentes. Así, por ejemplo, en la prueba documental, la fuente es el documento y el medio la actividad que debe realizarse para su aportación al proceso y establecer su autenticidad y autoría; y, en el reconocimiento judicial, fuente es la persona, cosa o lugar examinado y medio la actividad desplegada por el juez para su examen. Con la distinción apuntada, y desde ella, puede solucionarse el dilema del *numerus clausus* o *apertus* de los artículos 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si las fuentes de prueba preexisten al proceso, existen con independencia de él y son conceptos extrajurídicos, las leyes procesales no deben enumerarlas, pues es imposible que determinen cuáles o cuántos pueden existir en la realidad social; lo que las leyes procesales han de regular es la actividad procedimental por medio de la cual las fuentes se incorporan al proceso, es decir, los medios, y, con relación a éstos, sí cabe una enumeración de los legalmente admitidos. Resulta así que mientras los

■ 16 Hortensia Vaz Flores: Obra citada en la nota 13.

■ 17 Juan Montero Aroca: Trabajo citado en la nota 7.

medios de prueba son en nuestro derecho los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el Código Civil, las fuentes de prueba no pueden ser *numerus clausus*, pues la ley procesal no puede pretender, en un momento dado, recoger todas las fuentes de prueba, ya que el avance de la técnica y la ciencia convertirá inevitablemente su pretensión en inútil o, lo que es peor, en acientífica o anquilosada.

El problema consiste, pues, en determinar a través de qué medio de prueba puede el documento electrónico, que es la fuente, acceder al proceso. Los modos posibles de tal acceso son, en la práctica, solamente dos: documental y reconocimiento judicial. En el primer caso, si bien ya se ha dejado sentado antes que el documento electrónico es un documento en un soporte distinto al papel, no sería preciso atribuirle necesariamente esa naturaleza para poder aportarlo al proceso a través de la actividad probatoria documental prevista para la única fuente de prueba entonces conocida, en relación con ese medio, por el legislador; lo importante no es indagar si el llamado documento electrónico tiene o no la consideración de documento (sea por analogía, como admitía la sentencia comentada del Tribunal Supremo de 30.11.1981, o no), sino si el cauce procesal que la Ley abre a los documentos puede ser utilizado para aquél. En el segundo caso, y siendo así que según los artículos 1240 y 1241 del Código Civil y 622 y 635 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el reconocimiento judicial puede recaer sobre inmuebles y muebles o cosas, no se ve obstáculo para que tal vía permita la aportación al proceso del documento electrónico.

De esa alternativa, y dando ya por supuesto que el documento electrónico, como fuente de prueba, es, con sus peculiaridades técnicas y en cualquiera de sus manifestaciones, un documento, debe elegirse, como medio más adecuado para su aportación al proceso el de la prueba documental. Dicho documento, sobre todo si adopta la mera forma de soporte (diskette, disco,...), se acompañará, en los casos del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la demanda o contestación, y le será de aplicación el régimen de copias del artículo 516 y el de destino del 517, las consecuencias de su falta del 518 y lo relativo a la conservación de los artículos siguientes. Es de interés acompañar a los soportes sus transcripciones por impresora, aunque únicamente a los efectos de un más cómodo manejo de la fuente de prueba. En el caso de que el documento electrónico disponible adopte la forma de mera transcripción documentada por impresora, por haber desaparecido el soporte original o haberse perjudicado, la tramitación es mucho más sencilla, evidentemente.

La jurisprudencia ha abierto ya la mano en lo relativo a la admisibilidad probatoria de las fuentes de prueba de naturaleza electrónica. Así, en la sentencia de la Sala 2ª, de lo Penal, del Tribunal Supremo de 5.2.1988, de la que es ponente su Presidente, Enrique Ruiz Vadillo, se señala, con ocasión de abordar el problema del valor probatorio de una grabación telefónica, la legitimidad de tal prueba, afirmando (sin necesidad de utilizar la diferencia entre fuentes y

medios) que las relaciones de medios probatorios de las leyes de procedimiento no tienen el carácter de exhaustivos, por lo que las innovaciones tecnológicas, como cine, video, cinta magnetofónica, ordenador electrónico o sus soportes, etc., pueden y deben incorporarse al acervo jurídico procesal, pudiendo subsimirse en el concepto mismo, amplio, desde luego, de documento,...

Valor Probatorio

Teniendo en cuenta que una cosa son los distintos criterios de admisibilidad de la prueba en juicio y otra muy diferente los sistemas de valoración de esa prueba ya incorporada al proceso, veamos ahora cuál es el valor probatorio del documento electrónico. Como tal podemos entender, en la práctica procesal, estas tres manifestaciones básicas: 1ª. El documento en soporte electromagnético (disco, diskette,...). 2ª. El documento sobre papel preparado mediante ordenador: hay un gran auge de este tipo documental, potencializado por los nuevos adelantos técnicos tanto en hardware como en software (así, impresoras de alta velocidad y laser, máquinas y programas procesadores de texto, etc.); son documentos que tienen las mismas características técnicas que sus análogos mecanografiados; su interés jurídico estriba en que su volumen y velocidad de creación pone en tela de juicio la viabilidad de su autenticación, mediante la firma de su autor, lo que conlleva el doble reto de buscar nuevas formas técnicas de autenticación (por ejemplo, criptográficas) o de configurar un aparato jurídico crítico-conceptual que permita llegar a aceptarlos tal cual salen del ordenador. Y, 3ª. El documento transmitido de ordenador a ordenador o de terminal a terminal: las telecomunicaciones entre ordenadores pueden ser utilizadas para crear documentos y transmitirlos a cualquier distancia del mundo. Son solamente circunstancias humano-operativas las que pueden hacer necesaria la salida impresa del documento, ya que, en el plano tecnológico, tal requisito es obvio, siempre que el mensaje pueda ser creado, transmitido, procesado y almacenado de manera legible y autosuficiente por los propios ordenadores intervinientes en el coloquio¹⁹.

El valor probatorio depende de la clase de prueba documental que el documento electrónico constituya. Si cualquiera de las tres modalidades básicas indicadas se ha efectuado en presencia de notario o fedatario público y dentro de su competencia, cabe afirmar, en principio, que será documento público la transcripción por impresora o el documento transmitido y que el soporte integra al menos un elemento auxiliar o complementario del mismo, aunque es factible conceptuarlo, por sí, documento público si los requisitos básicos del artículo 1216 del Código Civil se cumplen. Cuando las modalidades se han confeccionado privadamente, el problema se agudiza, pero no hay base para llegar a la inadmisión del documento sin más, pues si la negativa a la admisión del documento electrónico como fuente de prueba se basa en la posibilidad de

■ 19 Marcelo Bauza Reilly: Obra citada en la nota 4.

su manipulación o en las dudas sobre su autenticidad y titularidad no debe olvidarse que prácticamente todas las fuentes de prueba son manipulables y, además, que es técnicamente más fácil falsificar un documento escrito que manipular un documento electrónico, para lo que se necesitan conocimientos y medios materiales que están sólo al alcance de los peritos. En estos casos, la autenticidad del documento puede quedar establecida; 1. Por su admisión por la otra parte, al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica y dúplica (artículo 604.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). 2. Por su reconocimiento bajo juramento a la presencia judicial (artículo 604.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mediante la absolución, en prueba de confesión, de las posiciones pertinentes, previo examen, en su caso, si cabe, de la modalidad de documento de que se trate. O, 3. Por la prueba pericial (artículos 606 a 609 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que, tecnológicamente, sea pertinente para acreditar la autenticidad del documento (p. ej., la comprobación de la identidad y autenticidad del Código de barras o de números o de la clave que se haya utilizado)²⁰. Sin olvidar, después, la entrada en juego de los artículos 1225 y 1228 del Código Civil.

Según el Código Civil, el documento auténtico (sea normal o electrónico), público o privado, produce la misma eficacia probatoria, en cualquier caso imputada por la Ley. Es un medio de prueba tasado, en principio, que el Juez debe valorar de acuerdo con lo establecido en las normas legales, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la regulación del recurso de casación han hecho de esta prueba una más de valoración libre. Antes de la reforma de 1984 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la eficacia probatoria del documento ha sido cuestionada, de hecho, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se desarrolló en torno a dos tesis como son las del documento auténtico y la de la valoración conjunta de la prueba. Después de la reforma de 1984, legalmente se termina con el carácter tasado de la prueba de documentos, pues si la fuerza probatoria de los documentos se supedita a que no quede contradicha por la de "cualquier otro medio probatorio" (artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) la prueba de documentos es igual a cualquier otra (así, el Tribunal Supremo, ya, en Sentencia 25.2.1986)²¹.

■ 20 Juan Montero Aroca: Trabajo citado en la nota 7.

■ 21 Valentín Cortés Domínguez: Obra citada en la nota 8.

