

VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO (*)

Valentín Carrascosa López
Doctor en Derecho
UNED - Mérida

I. INTRODUCCION

II. EL PROCESO Y LA PRUEBA

III. LA ORGANIZACION DE LA PRUEBA

a) Medios de prueba

b) El documento

1.- Teorías sobre el documentos

1.1.- teoría del escrito

1.2.- teoría de la representación

2.- Fuerza probatoria

3.- La firma

3.1) Concepto

3.2) Firma electrónica

- (*) Esta ponencia fue expuesta en el curso de "Nuevas Tecnologías y Actuaciones Procesales" celebrado en Madrid, del 21 a 23 de Noviembre de 1994, en el Centro de Estudios Judiciales y elaboradas con la colaboración de Asunción Pozo Arranz y Eduardo Rodríguez de Castro..

4.- El documento electrónico

5.- Documentos originales y copias

IV. VALOR JURIDICO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO

a) Nociones Generales

b) El Documento: Definición y caracteres

c) Documento Electrónico

d) Valor probatorio del documento electrónico

e) Garantía de la autenticidad del documento electrónico

f) La Criptografía

g) Documento Público y Documento electrónico

V. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCION

El ex-Presidente del Consejo General del Poder Judicial y Presidente del Tribunal Supremo Antonio Hernández Gil, decía en, la conferencia inaugural del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho(1), que el Profesor Losano ha dicho que la historia del Derecho “esta condicionada por las tres revoluciones de la escritura, de la imprenta y de la ordenación electrónica de datos. En las tres revoluciones el Derecho es afectado a través del Lenguaje. En la primera se pasa de la expresión oral a la escrita; en la segunda, de la escritura manual a la impresa y en la tercera de la escritura tipográfica, impresa o mecánica al lenguaje tratado electrónicamente.

En la actualidad la telemática podra permitir que los Juzgados y Tribunales, Despachos de Abogados y Procuradores, Centros Penitenciarios, Guardia Civil, etc, estuvieran conectados, al propio tiempo que el Juzgado notificase al Procurador por este medio, suprimiéndose las tradicionales cédulas y desplazamientos de funcionarios, ya que bastaría, con sólo interconectarse con la terminal existente en el Juzgado, con ello se mejoraría la actividad administrativa de los Juzgados, mediante la gestión electrónica de los mismos.

Al margen de los problemas de la informática de gestión, a la que se ha dedicado infinidad de estudios, se hace cada día más necesario considerar desde el ángulo procesal las múltiples proyecciones jurídicas que conlleva la actividad informática desarrollada por las partes en sus relaciones sociales y económicas cuando asumen interés para la dilucidación de los pleitos.

Siguiendo a Guastavino(2) diremos que, cuando se trata de acreditar en juicio los hechos controvertidos por los litigantes, surgen problemas sobre la admisibilidad y valoración crítica de nuevos medios de registro y almacenamiento de datos. Así mismo, la complejidad técnica de los conocimientos informáticos determina que los Jueces y Secretarios necesiten el auxilio de personas expertas en la materia.

Necesitamos igualmente un nuevo replanteamiento de los conceptos de prueba escrita, firma de documentos públicos o privados, documento original o copia, fecha, lugar de los actos y como no el valor probatorio de los comprobantes emitidos por medios electrónicos.

▪ (1) En el Nº 4 de INFORMATICA Y DERECHO.- U.N.E.D. Mérida 1.993.

▪ (2) GUASTAVINO, Elías P.- RESPONSABILIDAD CIVIL Y OTROS PROBLEMAS JURIDICOS EN COMPUTACION.- Ediciones LA ROCA.- 1.987.

De sumo e inmediato interés resulta la problemática de la autenticidad de los documentos y datos informáticos originados en los ordenadores de las partes o de terceros e incluso del propio órgano jurisdiccional. Al respecto se ha precisado que en los documentos informáticos intervienen distintos sujetos que actúan en las fases de programación, toma-ingreso de datos y recuperación, perfectamente individualizables a través de códigos de identificación atribuidos a persona o mediante auditorías informáticas. Tal circunstancia interesa no sólo por la imputación de responsabilidad penal o administrativa, sino también para desvirtuar la falsa idea de que los datos electrónicos resultan de procedimientos anónimos o, peor aun, de máquinas inimputables. En virtud de la incompatibilidad de los medios informáticos con la exigencia de firma -por las trabas a la operatividad y celeridad que implica- no se debe olvidar la existencia de métodos sustitutivos de ella para comprobar la autoría.

Estos y otros temas, nos llevan a considerar que la materia procesal relacionada con la informática aparece como uno de los campos que con mayor intensidad debe suscitar la atención de juristas y órganos legislativos.

II. EL PROCESO Y LA PRUEBA

Como decíamos (3) probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos previstos por la ley, los elementos de hecho que sirven de base a la pretensión de un litigante, para llevar al Juez a conocer la verdad sobre los hechos alegados. En puridad, "la necesidad de que se tutelen las acciones fundadas es lo que hace necesario que haya prueba en el proceso". Dos elementos deben considerarse en esta óptica la relación existente entre el procedimiento y la prueba y los principios y la clasificación de la prueba.

Los hechos, los actos y negocios jurídicos son objeto de afirmación o de negación en el proceso. La cuestión es como establecer la prueba en un proceso. La respuesta dependerá de los caracteres particulares de cada tipo de procedimiento -procedimiento inquisitivo o acusatorio- y de los sistemas de prueba -de prueba legal- y el de la libre apreciación de la prueba.

III. LA ORGANIZACION DE LA PRUEBA

En el sentido jurídico, la prueba consiste en un método de investigación y un método de constatación. Según COUTURE "los problemas de la prueba consisten en saber, qué es la prueba y quién debe probar, cómo se constituye la prueba

■ (3) CARRASCOSA LOPEZ, Valentín y OTROS.- EL DERECHO DE LA PRUEBA Y LA INFORMATICA,- En núm. 2 de INFORMATICA y DERECHO.- UNED - MERIDA - 1991.

ba y cuál es su fuerza probatoria". En otros términos, se debe interrogar por la noción de prueba, el objeto de la prueba, la carga de la prueba, la admisibilidad de la prueba y la fuerza probatoria.

El artículo 578 de la LEC. expone "los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio....", incidiendo en la redacción de los artículos 1.215 y ss del C.C. que también tratan la materia.

a) Medios de prueba

Se denominan así los modos de prueba, ya que los medios de prueba son los instrumentos de que se valen las partes para llevar al proceso y más concretamente al ánimo del juzgador la veracidad de sus alegaciones. En la LEC y en el CC español se contienen dos enumeraciones, ligeramente distintas de los medios de prueba del proceso civil.

La LEC recoge siete medios de prueba: la confesión en juicio, los documentos públicos, los documentos privados y la correspondencia, los libros de los comerciantes, el dictámen de peritos, el reconocimiento judicial y los testigos.

Con ligeras variantes de nomenclatura y contenido, el artículo 1.215 del Código Civil enumera que las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por testigos y por presunciones.

El Código Civil denomina instrumentos a la prueba documental e inspección personal del Juez al reconocimiento judicial. Además añade la referencia a las presunciones, que falta en la LEC, sin duda porque, dadas sus peculiaridades, no necesitan procedimiento probatorio.

La enumeración limitativa de los medios de prueba está estrechamente vinculada con el sistema de la prueba legal, pero si bien en la legislación española tradicionalmente se ha sostenido la tesis de la prueba legal, no cabe duda que en materia de apreciación de la prueba, según la mas reciente doctrina y jurisprudencia, rige, principalmente, el principio de libre valoración de la prueba y prueba mixta, tema importante al tener en cuenta los medios de prueba que están en relación directa con las nuevas tecnologías de la información y por tanto con la prueba informática.

b) El Documento.

No vamos a referirnos a los distintos medios de prueba pero sí lo hare-

mos al documento, ya que al valor probatorio del documento informático vamos a centrar estos comentarios y la prueba documental mantiene en nuestros días su tradicional preeminencia, y por ello es sin duda la prueba documental la que necesita una más urgente y profunda renovación legislativa que dé respuesta a los nuevos planteamientos que la realidad social impone en los tiempos modernos y por ello la finalidad de estas reflexiones no es presentar un análisis del estado de las diversas legislaciones y en especial de la española, sino extraer algunas constantes de sus prácticas y evoluciones para centrarnos en el valor probatorio del documento electrónico.

Etimológicamente, la palabra documento, proviene del griego dek, correspondiente al verbo latino docere, “instruir” de donde proviene el vocablo documentum, que significa originalmente “lo que se enseña. Con lo que alguien se instruye”. En sentido más amplio se puede traducir el verbo latino docere y el griego dékomai por “hacer ver a alguien algo claro, instruirlo”. Un documento es algo que muestra, que inicia alguna cosa.

En el mundo jurídico el documento, es definido como “el escrito susceptible de contribuir a la prueba de los hechos en el proceso. Se puede afirmar que un documento, en sentido extenso del término, es “un acto humano perceptible que puede servir de prueba de los hechos de un proceso”.

Estas definiciones nos permiten establecer las principales características del documento: su carácter representativo, que hace que el documento no sea necesariamente un escrito y su carácter declarativo.

En las definiciones, anteriormente expuestas, se plantea el problema de la naturaleza del documento, que presentará un gran interés para nosotros, cuando tratemos el tema del documento informático o electrónico.

1. Teorías sobre el documento.

Nos encontramos con dos teorías importantes sobre el documento:

1.1 La teoría del escrito.

Según esta teoría el documento siempre es un escrito, y por tanto que sea permanente y durable.

Esta teoría es aceptada por la legislación francesa y española hasta el punto que en el derecho procesal español documento es “sólo y exclusivamente, la

representación de un pensamiento escrito en papel” según se deduce de la lectura de los arts. 596 y ss. de la LEC y 1.215 y ss del CC.

Esta teoría es limitada ya que para ella la noción de documento es limitada al escrito, siendo el soporte el papel. Así ésta noción excluye otros medios tales como las pinturas, los gráficos, las películas, los registros magnéticos, las cartas electrónicas, fotografías que pueden representar hechos o cosas, sin ser necesariamente escritos.

1.2 Teoría de la representación.

Según esta teoría el documento no es solamente un escrito sino todo objeto representativo o que pueda informar sobre un hecho o sobre otro objeto. El carácter representativo está presente en la etimología de la palabra documento (*docere*).

Bajo esta óptica, el concepto de documento no está restringido a la naturaleza del soporte, ni a la forma escrita como único elemento material. Son considerados como documentos todos los objetos tales como las fotografías, las cartas magnéticas, las películas cinematográficas y de video y los registros sonoros, según pone de manifiesto Carnelutti, en su obra “La Prueba Civil”.

Es en el marco de esta hipótesis que podemos referirnos al documento informático. En efecto, aún si la desmaterialización del documento informático es la característica principal, no deja, por ello, de ser concreto, visible y perceptible. Esta desmaterialización no es jamás total; siempre existirá un soporte material: disco magnético, disco óptico numérico o listado de impresora.

2. Fuerza Probatoria.

Fuerza probatoria es la eficacia de un medio de prueba. Ella se refiere a la operación mental que hace el juez para formar su convicción a partir de los medios de prueba aportados al proceso, y ésta variará según se encuentre ante un documento público -autorizados por un fedatario o empleado público competente- o ante un documento privado -firmados o no por los particulares-, de aquí que los conceptos o documentos de acto auténtico y el de actos o documentos privados, así como la firma serán conceptos importantes al intentar dar una valoración probatoria del documento electrónico.

Los documentos públicos -señala el art. 1218 del CC- hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Pero

¿Es posible elaborar documentos auténticos, de forma automática, entre ordenadores? y ¿cuál es la función del Notario o del Secretario Judicial?, ¿Nos puede llevar ello al Notario electrónico?.

Los documentos privados adquieren su fuerza de las firmas de las partes, que de ser contestada la otra puede recurrir al procedimiento de reconocimiento o cotejo de firmas de escritura.

¿Cómo se supe, la firma en el documento electrónico?, estas y otras preguntas podríamos hacernos sobre el tema y algunas de ellas trataremos en la parte posterior de este trabajo.

3. La Firma

3.1) El concepto de firma.

En Roma, los documentos no eran firmados. Existía una ceremonia llamada *manufirmatio*, por la cual, luego de la lectura del documento por su autor o el *notarius*, era desplegado sobre una mesa y se le pasaba la mano por el pergamino en signo de aceptación. Solamente después de cumplir esta ceremonia se estampaba el nombre del autor.

En la Edad Media, el autor de un documento colocaba la impronta en cera de su sello personal.

La firma es definida en la doctrina como el signo personal distintivo que, por una parte permite informar acerca de la identidad del autor de un documento y de otra parte, permite manifestar su acuerdo con el contenido del acto.

La firma se puede definir según el Diccionario de la Real Academia española como: "nombre y apellido, o título de una persona, que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido, o para obligarse a lo que en él se dice".

Parecida es la que aparece en el Vocabulario Jurídico de COUTOURE: "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."

De lo apuntado se desprende que en ambas definiciones están conteni-

das las tres funciones de la firma:

-identificativa: Sirve para identificar quién es el autor del documento.

-declarativa: Significa la asunción del contenido del documento por el autor de la firma

- probatoria: Permite identificar si el autor de la firma es efectivamente aquél que ha sido identificado como tal en el acto de la propia firma.

El Código Civil, al referirse a la valoración de los documentos privados, artículo 1.255, pone especial énfasis en la autenticidad de la firma, al carecer el documento -per se- de elementos intrínsecos que demuestren su autenticidad.

En el Código Civil argentino se entiende por firma "el nombre y apellido o título que una persona pone de su puño y letra al pie de un escrito para darle autenticidad o para responder a una obligación". En la nota al art. 3639, el legislador conceptualiza que "la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre y apellido, es el nombre escrito de una manera particular según el modo habitual seguido por la persona....."

Conceptos similares han convivido durante años en las legislaciones comparadas. Esto ha llevado a varios autores a señalar la dificultad de congeniar los medios de identificación informática con el concepto tradicional de firma.

En los tiempos modernos se está modificando este concepto y en este sentido, el proyecto de reforma del art. 1012 del Código Civil Argentino, extiende el concepto de firma a cualquier otro medio que permita una identificación auténtica del autor del acto o contrato. Esta evolución se asienta en lo anteriormente dicho sobre la inalterabilidad y fiabilidad de los nuevos medios de autenticación de los documentos electrónicos.

3.2) La firma electrónica

Hemos visto que la firma es concebida como una manifestación de autoría del acto y de autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento escrito, las particularidades de la escritura de cada individuo y la posibilidad de determinar su autoría por medios periciales prudencialmente confiables, determinan su existencia.

La evolución operada entre la época de la codificación y el mundo actual,

nos ubica frente a medios técnicos que aseguran la verificación de la autoría atribuida y la inalterabilidad del contenido del documento que plasma una declaración de voluntad, en forma más convincente que un instrumento firmado.

La utilización masiva y la relevancia económica de las transacciones efectuadas con el concurso del ordenador, han contribuido a intensificar la investigación en este área, al punto que hoy puede afirmarse que el documento electrónico tiene mayores niveles de seguridad que el tradicional.

Por ello, no advertimos mayores inconvenientes en que el instrumento privado prescindiera de la firma, en la medida en que por otros medios se pueda cumplir con las finalidades perseguidas con su utilización, determinación de la autoría y autenticidad de la declaración, pero ¿podemos decir lo mismo del documento público?.

Al decir de algunos autores, la firma se puede clasificar desde el punto de vista del instrumento que se utilice, por lo que es factible hablar de una firma electrónica, toda vez que reúne el requisito de identificar al sujeto que la estampa.

El uso del NIP con su carácter intransferible y confidencial, atribuye efectos a esta firma electrónica por ser el instrumento que permite identificar al sujeto respecto a sus operaciones bancarias. Mostrando una variable en relación a la consigna pregonada en disposiciones mercantiles de una firma estampada al documento.

En este caso ambas partes se ponen de acuerdo en manifestar su voluntad utilizando signos electrónicos mediante la creación de procedimiento determinado que ciertamente requiere de un tratamiento jurídico especial.

Aunque un inconveniente aquí es que al ser su responsabilidad el uso del NIP se pueden dar operaciones válidas con la ausencia de la voluntad del titular por el mal uso de una persona no autorizada del NIP, en la presunción de que el titular es quien siempre la utilice (problema muy serio en el ámbito bancario y en el proceso judicial).

Sin embargo la experiencia ha probado que las diversas técnicas de autenticación de los documentos electrónicos son tanto o más confiables que la firma manuscrita, toda vez que se han puesto en funcionamiento sistemas de seguridad de gran garantía, como: el código secreto, la criptografía y los medios de reconocimiento de características físicas. Los datos biométricos más comúnmente usados son: las huellas digitales, la configuración de vasos sanguíneos de

la retina, la geometría de la mano, las huellas de los labios, el reconocimiento de la voz y finalmente el reconocimiento de la grafía del individuo.

Este último tipo de reconocimiento, si es efectuado por el elaborador, ofrece mayores garantías respecto del que puede ser efectuado personalmente por el hombre. El elaborador, en efecto, además de confrontar las varias firmas de modo de individualizar aun los más mínimos rasgos y poner en claro las semejanzas y las diferencias, está en condiciones de efectuar inclusive un control de la "dinámica de la firma"; por ejemplo, de la velocidad, de la fuerza de presión y de la dirección del bolígrafo en el curso de la escritura.

Siguiendo el texto presentado, por POULLET, en el coloquio "Informática y Derecho" celebrado en Montreal del 30 de septiembre al 3 de octubre y organizado por la Asociación de Quebec para el desarrollo de la Informática Jurídica, diremos que el vocablo "firma electrónica" utilizado frecuentemente, ¿es aceptable jurídicamente?. Ciertamente la jurisprudencia de numerosos países (Bélgica, Dinamarca, Portugal, Alemania...) mantienen la exigencia de una firma manuscrita, por la cual una persona revela su personalidad a un tercero. Una concepción más funcional de la firma se aparta de una visión tan reducida. Se trata de un signo, por lo cual, una persona, por una parte, se identifica como el autor de un escrito y por otra parte indica su voluntad de adherirse al contenido del escrito al cual se refiere la firma y sobre el cual ha sido opuesta. En este sentido, algunos procedimientos de identificación y autenticación electrónica podrían ser reconocidos como verdaderas firmas.

La firma electrónica consiste en una serie de caracteres puestos al final de un documento. Está elaborada según procedimientos matemáticos (criptográficos) y realiza un resumen codificado del mensaje, de las informaciones referentes a la fecha y hora del envío del mensaje, a la identidad del remitente, y el receptor....Ofrece además una gran seguridad: si el mensaje enviado llega a una tercera persona, ésta no podrá entenderlo si no dispone del código que le permita descifrarlo. Además, si se ha efectuado una modificación posterior al envío, por parte de una persona no autorizada, será posible detectarla en la medida en que existe una discordancia entre la firma electrónica y el documento enviado.

La concepción funcional de la firma, como ya hemos apuntado, nos permite asignar a la firma las características siguientes, y nos parece, que las firmas electrónicas responden a estas características:

-La firma debe permitir la identificación del firmante. La relación firma-firmante, debe ser única y absoluta: a una firma dada no se puede asociar más que

un único firmante.

Sin embargo, en lo que se refiere a los documentos informáticos, la verificación y adecuación entre la firma y el firmante no puede ser realizada de una manera visual, como es el caso de la firma manuscrita. La verificación de la correspondencia entre "texto y firma", se realiza no por medio de una persona sino por medios informáticos apropiados (programas....)

La firma no puede ser "generada" más que por el emisor del documento. Debe ser suficientemente inimitable e infalsificable. Incluso en materia de firma manuscrita, no puede haber certeza absoluta a este respecto. La misma calidad se puede encontrar en ciertas firmas electrónicas.

Una firma electrónica es establecida unas veces en función del contenido del documento, otras en función de las informaciones secretas únicas y propias del emisor, otras en función de informaciones comunes, al emisor y al destinatario y que pueden ser públicas (por ejemplo: algoritmo de firma utilizado, parámetros eventuales.....) o bien una mezcla de los diversos elementos citados.

Las informaciones que permiten generar una firma electrónica deben ser suficientes para poder considerarla válida, pero insuficientes para poderla falsificar. El método de firma y de autenticación debe ser en consecuencia sólido de tal manera que sea prácticamente imposible encontrar el medio de firmar en lugar de otra persona.

"La notariación" de las firmas (o el depósito de métodos de firmas en un "notario electrónico") mejora la seguridad del sistema en la medida en que asegura a las entidades (emisor y receptor), gracias a un tercero del cual se fían, la integridad, el orden, la fecha y el destino de los documentos. ¿Es necesario un depósito de firmas de Jueces y Secretarios?, ¿Dónde? y ¿Bajo qué control?.

La aplicación de la firma debe ser significativa y hacerse sobre el documento mismo, al cual se refiere la firma. La firma debe permanecer ligada de manera permanente e indisoluble durante el transporte del documento.

Para Francesco Parisi, en el contrato celebrado mediante un ordenador la firma electrónica vendría a sustituir a la autógrafa con la única diferencia del soporte electrónico en lugar del papel. Sin embargo, por lo que respecta a la transcripción de documentos elaborados por el ordenador en los que no figure la firma, pone de manifiesto sus reservas, sin dejar por ello de insistir en la falta de regulación normativa sobre la materia que, por otra parte, contrasta con el

progresivo reconocimiento social de los documentos electrónicos y el diálogo directo entre ordenadores; la Circular 8/1988 del Banco de España, introduce, de facto en nuestro derecho, el reconocimiento de la eficacia jurídica de las liquidaciones interbancarias efectuadas por un sistema electrónico.

Tal como sostiene GIANNANTONIO y ALMARK la introducción del elaborador en la vida social ha puesto en crisis los criterios tradicionales adoptados por el legislador como garantía de originalidad y autenticidad del documento. Es que la firma autógrafa que concebía la relación jurídica entre presentes, pareciera no satisfacer las formas modernas de comunicación. Nuevas tecnologías, basadas sobre todo en la biometría, hacen que pueda determinarse con toda precisión la identidad de la persona que accede a un sistema electrónico para emitir un mensaje y al mismo tiempo la autenticidad del mensaje transmitido y recibido, y paralelamente la autenticidad de los documentos elaborados por el ordenador (documentos electrónicos en sentido amplio).

Esto nos pone de manifiesto que la firma autógrafa ha sido satisfactoriamente suplida a los fines de asegurar la autenticidad de la declaración de la voluntad plasmada en un documento. Por ello, no existe razón alguna para negarle al documento electrónico por lo menos, un trato igual al instrumento privado reconocido o tenido por reconocido, en la medida en que se cumplan determinados requisitos que aseguren su inalterabilidad y autenticidad. El art. 230 de la Ley LOPJ al establecer que podrán utilizarse en el proceso cualesquiera medios técnicos de documentación y reproducción, siempre que ofrezcan las debidas garantías de autenticidad.

De lo apuntado se deduce que la firma tradicional, garantía de la autenticidad y contenido del documento escrito, está siendo sustituida, con ventaja, por la criptografía, los signos y las claves informáticas que permiten asegurar la procedencia y veracidad de un documento.

Es necesario que el acto de la firma sea significativo. Esto quiere decir que el documento debe ser legible y comprensible y que la firma debe exigir un trámite voluntario por parte del firmante. Esta condición no es nueva y es fácilmente realizable tanto a nivel del documento "papel clásico como del "informático".

Por otro lado, la firma debe hacerse sobre el documento al que se refiere. Esta condición, no plantea ninguna dificultad para los documentos del tipo papel. En efecto, la firma aplicada sobre el papel es válida solamente con respecto al contenido de éste y no se puede borrar. Para respetar la condición según la cual, la aplicación de la firma debe ser hecha sobre el documento mismo, es

necesario que físicamente, el documento y su firma formen una sola unidad sobre el soporte informático. Ahora bien, éste no es siempre el caso. En efecto, podría ocurrir que por razones de cálculo, de gestión o de seguridad, las firmas necesitan un nivel de "privilegio" superior al dado a los documentos (un privilegio en el cuadro de un sistema informático es un medio de protección de datos, que representa el derecho de una persona a conocer las informaciones contenidas en el sistema). En consecuencia, su almacenamiento tendrá lugar sobre diferentes soportes y esto, a pesar de los vínculos lógicos que les unen.

¿Se puede decir entonces que la firma electrónica no está ligada al documento firmado?. La respuesta es negativa, por dos razones. La firma electrónica, por ejemplo, está por definición "unida al documento" al que se refiere y se "establece en función del contenido del documento". Por consiguiente, y a pesar de que pueda ser diferente físicamente, la firma sigue siendo dependiente lógicamente del documento.

Para adaptar la condición de adhesión permanente e indisoluble de la firma a los "documentos informáticos", es necesario utilizar métodos que permitan garantizar la inalterabilidad de los documentos. Desde ese momento, el añadido, la modificación o la supresión de una firma son imposibles.

No debe haber demora ni de tiempo ni de lugar entre la aceptación del contenido del texto por el firmante y la aplicación real de la firma.

Esta condición ha marcado esencialmente la fijación de la firma, la persona firmante puede firmar válidamente un documento solamente si se encuentra en su posesión y la aplicación de la firma es significativa.

Tal exigencia impide en consecuencia, la firma de tipo automatizado o programada e impone la presencia y la intervención de una persona, en todo el acto de la firma. Esta condición prohíbe pues la presencia de un intermediario (humano o de otro tipo) entre el firmante y el documento a firmar. Esto no impide de ninguna manera la firma en el seno de una red telemática, puesto que la condición de la presencia del firmante y del documento firmado no tiene necesidad de ser verificado más que en un sólo momento: el acto de firmar.

ENRIQUE M. FALCON(4), nos dice que la falta de firma de los documentos informáticos no los inhibe como material probatorio, pero requiere que los Jueces puedan disponer de elementos de control sobre la exactitud de la infor-

■ (4) FALCON, Enrique M.- "¿Qué es la Informática Jurídica?". ABELEDO - PERROT. Buenos Aires, 1992.

mación, confiables, que produzcan una razonable certeza sobre la existencia de los hechos que surgen de estos documentos electrónicos. La autenticidad del documento electrónico no es el único elemento a tener en cuenta. Aún probada la autenticidad del documento electrónico, la atribución del mismo no es tan sencilla. Para ésta habrá que legislar sobre la atribución jurídica en cada uno de los supuestos. Sin embargo el avance tecnológico es de por sí un particular escollo para poder dar normas con sentido más o menos permanente o por lo menos fijar los puntos de apoyo de una legislación o jurisprudencia interpretativa.

4. Documento Electrónico.

No pretendemos ni siquiera en síntesis enumerar los mismos pero sí hacer mención al documento electrónico, ya que la posibilidad de documentar, como dice Carlos María Correa, determinados actos jurídicos por medios electrónicos ha impulsado el análisis, en algunos países de problemas de fondo (definición de documento) y procesales asociados con el empleo de aquellos, especialmente a los fines probatorios. En algunos países estas inquietudes se han plasmado en iniciativas legislativas para admitir, bajo ciertos supuestos, tales documentos.

Como dice ETTORE GIANNANTONIO, el uso cada vez más extendido de los documentos electrónicos en la vida social, hace que cada día, sea más frecuente, que cualquiera de nosotros nos hallemos en la situación de tener que utilizar documentos provenientes de un sistema de elaboración electrónica: certificados del estado civil emitidos por sistemas registrales automatizados, esperamos sean pronto realidad en España, certificaciones de catastro, de cajeros automáticos, tickets emitidos por cajas automáticas y otra documentación se ven por todas partes y su enumeración podría continuar hasta comprender un número indeterminado de documentos de los más diversos sectores de la vida social; documentos a los cuales puede ser dado en general el nombre de documentos electrónicos.

Se trata de un fenómeno que ha tenido origen reciente pero parece presentar carácter de irreversible y no es difícil preveer que, en breve periodo de tiempo, toda la actividad de documentación se desarrollará, salvo casos excepcionales, en forma automatizada: consecuente, el "documento manual", esto es el documento redactado en las formas tradicionales, será casi completamente sustituido por el "documento electrónico".

Un fenómeno social así de amplio impone un examen bajo el perfil jurídico: hace falta, en otros términos, preguntarse cuál es el relieve jurídico de los documentos formados así y cuál es el valor jurídico del documento electrónico.

Siguiendo a MARIA WONSIAK para los autores que parten de una noción restringida de documento, comprensiva únicamente de los documentos escritos tradicionales o sea los escritos sobre soporte papel y firmados de puño y letra del autor, los llamados "documentos electrónicos" -de los cuales los emitidos por sistemas informáticos son una especie- no son documentos. En cambio quienes conceptúan al documento en forma amplia como cualquier objeto que contiene una información con independencia de la naturaleza de su soporte, de su proceso de elaboración y/o de la firma, el documento electrónico es una especie dentro del género de documento y aún para algunos de documento escrito.

Entre los autores que consideran como documento al documento electrónico, en base a una noción amplia de documento, nos encontramos con HORTENSIA VAZ FLORES, JORGE DALL'AGLIO, ETTORE GIANNANTONIO, GRACIELA BELLO, LUIS ALBERTO VIERA y ENRIQUE M. FALCON, entre otros.

5. Documentos originales y copias.

Pocos temas en el derecho ha recibido tratamiento de tan dispares ramas de la ciencia jurídica como el documento. En efecto, sobre él han trabajado, entre otros especialistas: civilistas, mercantilistas, administrativistas, procesalistas e informáticos y no todos ellos se han puesto de acuerdo.

Esta discrepancia también subsiste al tratar de determinar cuándo un documento es original o copia, pues tenemos según Colerio(5), por un lado el documento grabado en el disco magnético, al que llamamos documento electrónico, el mismo documento en un soporte volátil, como la pantalla del monitor y a ese documento lo sacamos escrito sobre el papel por la impresora (instrumento informático), tendremos tres documentos: uno sobre soporte magnético, otro sobre soporte fósforo y el tercero sobre soporte papel.

Ahora bien, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿Cuál de los tres es el documento original?. Y los demás ¿son copias?.

El tema reviste transcendencia, entre otras cosas, porque a las copias la contraparte no está obligada a reconocerlas y en el caso del instrumento, sobre la copia no puede hacerse la pericia caligráfica.

■ (5) COLERIO, Juan Pedro.- PAUTAS PARA UNA TEORIA DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO.- En núm. 4 de JURISMATICA.- Abeledo - Perrot.- Buenos Aires - 1993.

Entendemos, que cuando nos referimos a la declaración contenida en el soporte magnético, en la pantalla y en el escrito salido de la impresora, en realidad nos estamos refiriendo al mismo documento en diferentes soportes.

Sí, en cambio, cabría hablar de documento de primer grado y de segundo grado(6). El contenido en el soporte magnético del disco sería el documento de primer grado y el impreso en hoja papel el de segundo grado, pero ambos, entendemos, revestirían a los efectos del reconocimiento, el carácter de originales

Como recogíamos en la página 66 de nuestra obra(7) un acto es original cuando se trata del documento inicial, primitivo. Se habla de copia cuando se trata de la reproducción de un escrito (la palabra copia viene del latín copia que significa abundancia). Un acto puede ser utilizado, ya sea en su forma original, ya sea en forma de copia, pero al aplicar esto a las nuevas tecnologías de la información nos encontramos con que las copias nos conducen al problema de la distinción con el original. Para ciertos tratadistas, la distinción entre original y copia no tiene sentido en el cuadro normal de los sistemas informáticos, por la simple razón que no existe un original. Sobre este punto podemos distinguir claramente dos tendencias doctrinales:

1).- Para una parte de los autores, los documentos informáticos pueden ser considerados como copias. Postura que no podemos admitir ya que para que exista copia es necesario que exista un original.

2).- Para otros autores, el documento informático puede ser considerado como un original. Al respecto el profesor Frayssinet, en su informe sobre las NTI, la prueba y el sector público, sostiene que esta hipótesis es validada por la práctica instaurada en el conjunto del sistema jurisprudencial francés.

Tradicionalmente, la copia tiene mala prensa, el artículo 511 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, no hace más que expresar esta desconfianza, cuando en presencia de copias, permite el cotejo con el original. La poca calidad de las copias y los riesgos de manipulación durante la operación de transcripción, justifican esta actitud.

La seguridad técnica y de organización que pueden rodear a las operaciones de archivamiento electrónico defienden un cambio de mentalidad.

■ (6) FALCON, Enrique M.- "ALGUNAS IDEAS SOBRE EL DOCUMENTO ELECTRONICO".- J.A., REVISTA nº 5815, 10/11/93, pág. 3.

■ (7) CARRASCOSA LOPEZ, Valentín y OTROS.- EL DERECHO DE LA PRUEBA Y LA INFORMATICA.- En NUM. 2 de INFORMATICA Y DERECHO.- UNED - MERIDA 1.991.

En materia de documento electrónico es difícil distinguir el original de la copia, de aquí, el que por algunas legislaciones, se haya lanzado la necesidad de reconocer a la "copia-fiel", la misma fuerza convincente que al original.

Teniendo en cuenta que la documentación corresponde al Secretario Judicial éste, siguiendo los principios de la recomendación del Consejo de Europa, debe conocer que:

Los documentos conservados sobre soporte informático deben reunir las condiciones siguientes:

1.- ser la grabación fiel y duradera del documento original, al principio de la grabación por reproducción o codificación.

Grabación por reproducción quiere decir la conservación de un documento original en su forma gráfica y en su contenido.

Grabación por codificación quiere decir la conservación de un documento original únicamente en su contenido. Se considera duradera cualquier representación indeleble del original que ocasiona una codificación irreversible del soporte. Esta, es de tipo físico cuando se efectúa a nivel del soporte físico del documento informático, o lógica cuando tiene lugar a nivel de métodos informáticos, utilizados para representar el documento.

2.- Ser efectuado de forma sistemática y sin laguna.

3.- Ser efectuado según las instrucciones de trabajo, conservadas tanto tiempo como las reproducciones o grabaciones.

4.- Ser conservado con cuidado, en un orden sistemático y estar protegido contra cualquier tipo de alteración.

En el momento de grabación del original deben ser respetadas las siguientes reglas:

1.- Los trabajos deben ser vigilados por el poseedor o depositario del documento o por una persona designada como responsable de la operación.

2.- La grabación debe permitir determinar el orden de reproducción o codificación.

3.- Las diversas fases de la grabación deben realizarse estrictamente, según

las instrucciones de trabajo, que deberán ser conservadas tanto tiempo como las reproducciones o grabaciones.

4.- La grabación debe ser objeto de un -acta- conservada con la grabación. Debe responder a las indicaciones siguientes:

- identidad del operador responsable
- naturaleza y tema de los documentos
- lugar y fecha de la operación
- defectos eventuales constatados durante la grabación.

- declaración firmada por el operador responsable en la que consta que los documentos han sido grabados de manera completa, regular y sin alteración: esta declaración puede ser objeto de una grabación a continuación de los documentos grabados.

5.- la grabación debe estar disponible siempre para consulta de las personas legalmente habilitadas para tener acceso a los datos.

Las reglas siguientes son aplicables a los sistemas de tratamiento de documentos informáticos:

1.- Los sistemas deben incluir las seguridades necesarias para evitar una alteración de grabaciones.

2.- Los sistemas deben permitir restituir en cualquier momento las informaciones grabadas bajo una forma legible directamente.

Las reglas siguientes se aplican a los programas de tratamiento de documentos informáticos:

1.- La documentación del programa, las descripciones de los ficheros y las instrucciones de los programas deben ser legibles directamente, y deben estar cuidadosamente puestos al día bajo la responsabilidad de la persona que tiene la custodia.

2.- Los documentos definidos en el apartado 1), anteriormente mencionado, deben ser conservados de una forma comunicable tanto tiempo como las

grabaciones a las que se refieren.

Si por cualquier razón, los datos grabados son transferidos de un soporte informático a otro, la persona responsable debe demostrar la concordancia.

IV. VALOR JURIDICO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO

Trás la exposición de conceptos generales vamos a entrar en el epígrafe Valor Jurídico del Documento Electrónico, en el que volveremos a tocar temas ya esbozados en las páginas precedentes tales como, concepto de documento, documento electrónico, garantías de autenticidad, etc., pero lo hacemos con la finalidad de concretar y puntualizar algunos conceptos básicos y piedra angular del tema objeto de análisis.

a) Nociones Generales

Nuestro incuestionable interés por los avances técnicos y la adaptación del Derecho a las nuevas situaciones, incluso la utilización de las modernas tecnologías en la aplicación del Derecho, no debe confundir la actitud y planteamientos que al estudiar la conveniencia de la contratación por medios electrónicos, debe tener en nuestra opinión el posible contratante.

Es indudable la necesidad y conveniencia de la utilización de las nuevas tecnologías en cualquier faceta de la vida social que lo permita, y más concretamente en el comercio, sobre todo si el volumen de la negociación es considerable.

No podemos imaginar que las actuales relaciones comerciales, del tipo que sean, prescindieran del teléfono, fax, o computador, cuando su utilización fuera posible. Nuestra intención es, simplemente, resaltar las precauciones que el contratante debe tomar, al utilizar estos medios técnicos para concluir un determinado contrato, dado que ante un incumplimiento del mismo por la otra parte contratante, y la consiguiente reclamación judicial, se puede encontrar con que la existencia de una conversación telefónica, y por supuesto su contenido, es muy difícil de demostrar; así como la persona que ha enviado un fax o introducido una orden en la computadora, que pudiera ser alguien no autorizado, e incluso un extraño a la relación negocial.

El necesario acuerdo de voluntades que nuestra legislación exige para la existencia de un contrato, sería muy difícil de probar.

Llegados a este punto, debemos hacer una breve referencia al valor del

documento electrónico que pudiera aparecer en la contratación, o lo que es lo mismo, la seguridad con que el contratante puede utilizar estas modernas técnicas, sin el riesgo de encontrarse ante un supuesto de incumplimiento contractual, totalmente inerte.

Ello nos justifica para que partiendo de conceptos como el de documento, documento electrónico, y valor probatorio del mismo, podamos encontrar, o cuando menos proponer soluciones jurídicas a los problemas que en relación con la contratación y su protección jurídica puedan plantearse al utilizar medios informáticos.

b) El Documento. Definición y Caracteres

Indudablemente, la actividad documental es de suma importancia para nuestro ordenamiento jurídico, por lo que éste ha dictado una serie de normas que determinan su forma, eficacia, tutela jurídica..., pero en ningún momento define de una forma clara e indubitada, el documento. Por ello esta es una labor a la que se ha tenido que dedicar la doctrina. Pero tanto el legislador en la redacción de la normativa antes referida, como los autores, tienden a identificar documento, con documento escrito.

PRIETO CASTRO define el documento como el objeto o materia en que consta por escrito una declaración de voluntad o de conocimiento o cualquier expresión del pensamiento según resulta de los preceptos de la legislación positiva.

ROUANET MOSCARDO(8) lo concibe como un objeto normalmente escrito, en el que, por tanto, se plasma algo mediante letras u otros signos trazados o impresos sobre el 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 voluntad (hecho voluntario, acto o negocio) o ser el resultado de una actividad o de un procedimiento.

Por último, para CARNELUTTI el documento es “una cosa que hace conocer un hecho”, concepto que en nuestra opinión es de gran acierto, si bien en la práctica llega a ser más que discutido. De este concepto de documento, podemos deducir claramente, tres características del mismo:

■ (8) Definición aportada por este autor en su trabajo “El valor probatorio procesal del documento electrónico”.- Congreso sobre Derecho Informático. Zaragoza 1.989. Debemos destacar en esta definición la posibilidad que ofrece ROUANET de que el documento pueda no ser escrito, persistiendo su categoría de documento.

- 1.- es algo material,
- 2.- tiene una finalidad representativa de un acontecimiento, y
- 3.- debe ser anterior al litigio en el cual se pretenda utilizar como medio de prueba.

Tanto en la definición de ROUANET, como la de CARNELUTTI, podemos observar cómo la característica de escrito no se presenta como sustancial o esencial del documento, abriendo así las puertas a la admisión del documento electrónico, como tal documento.

Con la expresión “prueba literal”, la Doctrina ha venido entendiendo el escrito destinado a probar la existencia de una situación jurídica, que viene a coincidir, salvo la característica de la escritura, con la definición de documento de CARNELUTTI. En dicha prueba literal encontramos dos elementos materiales de gran importancia: a) la escritura y b) la firma.

Por escritura entendemos la representación del pensamiento por signos convencionales, siendo sus elementos los caracteres y el soporte de la escritura⁽⁹⁾; los primeros son los signos de que nos servimos en la escritura; y por lo que se refiere al soporte de la escritura, en principio, es libre, y el instrumento para realizarla, indiferente. Si bien, por lo general, el papel es el soporte de lo escrito.

La firma, como ya dijimos anteriormente, la podemos definir como el signo personal distintivo que permite informar acerca de la identidad del autor de un documento, y manifestar su acuerdo sobre el contenido del acto⁽¹⁰⁾.

Hemos de distinguir entre sus elementos formales y funcionales. Dentro de los primeros, la firma se presenta como un signo personal, esto es, un signo distintivo de la persona, unido al *animus signandi*, que es la voluntad de asumir el contenido de un documento, que no debe confundirse con la voluntad de contratar, como señala el Profesor LARRIEU⁽¹¹⁾. Respecto a sus elementos funcionales, la firma tiene una función identificadora, al relacionar el acto y la persona que firma, junto a su función de autenticación, lo que supone que el autor de la misma expresa su consentimiento sobre un acto, y hace propio el mensaje.

■ (9) El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define escribir como “representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados en papel, o en otra superficie”.

■ (10) La Real Academia de la Lengua define la firma de la siguiente forma: “nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad, para expresar que se aprueba su contenido o para obligarse a lo que en él se dice”.

■ (11) J. LARRIEU.- “Les nouveaux moyens de preuve: pour ou contre l’identification des documents informatiques à des écrits sous seing privé”, CAHIERS LAMY du droit de l’informatique. Noviembre 1.988

Debemos entender como notas inherentes al propio concepto de firma, el carácter habitual de la misma, así como que tiene que ser puesta de puño y letra del firmante. Si bien, como posteriormente referiremos, esta última característica, en la actualidad, puede ser eliminada y ventajosamente sustituida por otros medios, lo que dará lugar a la llamada firma electrónica, que si bien esencialmente cumple la misma función que la firma tradicional, no puede identificarse en puridad, con ella(12).

c) Documento Electrónico

El documento electrónico es, por lo tanto, aquel documento proveniente de la elaboración electrónica, y por ello, documento informático, será el que tenga su origen en la informática. Idea esta, que si bien es válida como punto de partida, debe ser matizada y concretada(13).

Las diferencias entre el documento escrito y el documento electrónico, son en principio evidentes, lo que no nos puede llevar, a negar el carácter de documento de los segundos. Así encontramos un gran número de autores que mantienen que los registros informáticos no son documentos ya que no están en un soporte de papel, no llevan firma, y no existe diferencia en un registro informático, entre copia y original, pero nuestra opinión se identifica más con aquel sector de la doctrina que considera que los registros informáticos son una forma de escribir, encontrando más similitudes que diferencias, y no considerando estas diferencias como de carácter sustancial.

GIANNANTONIO(14) al concebir la escritura como la fijación sobre un soporte material de un mensaje destinado a la conservación, afirma que no hay inconveniente para considerar el documento electrónico, como documento escrito, ya que:

1.- Contiene un mensaje (texto alfanumérico o diseño gráfico).

- (12) Si bien no es objeto de nuestro estudio, debemos al menos mencionar la interrelación que los sistemas informáticos pueden tener con la escritura manuscrita, y así, en la actualidad, existen sistemas computerizados para determinar la autenticidad de las firmas y de los documentos manuscritos, presentándose así la Informática como una importante colaboradora en la determinación de la autoría de los escritos. EDUARDO LUIS FABRIZZI y ENRIQUE EDUARDO PRUEGER (IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Bariloche 1.994) orientan su estudio en esta cuestión a la aportación que la Informática tiene para la Criminología.
- (13) DEL PESO, Emilio.- "Cómo utilizar la contratación por medios electrónicos para ahorrar tiempo e incrementar las garantías contractuales".- Madrid 1.994.- Congreso organizado por el INSTITUTE FOR INTERNATIONAL RESEARCH ESPAÑA, considera que es más lógico utilizar el término documento informático que documento electrónico, por lo que de alguna manera viene a identificar ambos términos.
- (14) ETTORRE GIANNANTONIO "El valor jurídico del documento electrónico" Informática y Derecho. Aportes de Doctrina Informática. Volumen I DEPALMA, Buenos Aires 1.991.

2.- En lenguaje convencional (el de los bits).

3.- Sobre soporte (cinta o disco).

4.- Y destinado a durar en el tiempo.

En el mismo sentido ATTILI afirma que la electrónica puede considerarse como escritura a todos los efectos, siendo, por lo tanto el documento electrónico, un documento en sentido jurídico.

Y. POULLET⁽¹⁵⁾ ha señalado los criterios de seguridad que permitirán al documento electrónico constituirse en documento:

- debe ser inalterable
- debe ser legible gracias a un procedimiento apropiado.
- debe ser identificado respecto al lugar (nombre y dirección) y al tiempo (fecha de redacción, de envío y de recepción).
- debe ser estable, lo que plantea el problema del soporte físico y los métodos de rejuvenecimiento del soporte.

En la misma línea ROCCO BORGINI afirma que el documento electrónico puede equipararse al documento en papel, pues cumple los tres requisitos fundamentales de todo documento: legibilidad, inalterabilidad y reconocimiento.

Entendemos que el lenguaje binario debe ser considerado como un alfabeto, no representando obstáculo legal, que no pueda ser leído directamente (lo que no es aplicable a todo documento electrónico, como posteriormente veremos), comprendiendo eso sí, que el carácter irreversible es el punto más débil del soporte informático. Por todo ello, volvemos a insistir en el acierto de la opinión de CARNELUTTI sobre el documento, y considerar a éste como todo objeto capaz de representar un hecho o un acto jurídico.

EMILIO DEL PESO llega a afirmar que el soporte informático es un documento con todas las características de los que realizan en soporte papel.

El ordenador es, posiblemente, el único instrumento capaz de satisfacer las cada vez mayores y más complicadas necesidades sociales, y concretamente, el

■ (15) Y. POULLET "Droit de la preuve: De la liberté aux responsabilités": Texto presentado en el Coloquio Informática y Derecho en Montreal.

único medio que puede responder a los requisitos económicos de nuestro comercio actual y futuro. Se ha llegado a un punto, en que si no toda, sí una gran parte de la actividad de documentación, se desarrolla en forma automatizada. Se tiende a sustituir el documento escrito a mano y firmado, por el documento electrónico.

En esta situación, debemos plantearnos como cuestión fundamental para conseguir la necesaria seguridad jurídica, base imprescindible de una estabilidad social y económica, cuál es el valor del documento electrónico.

El estudio de esta cuestión debe hacerse desde puntos de vista diferentes, e incluso desde intereses contrapuestos. Por una parte, se plantea la necesidad de la utilización, de forma cada vez más amplia, de las modernas tecnologías; y por otra, la necesidad de tutelar la seguridad y confianza de los contratantes, en los nuevos documentos.

Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que por documento electrónico debemos entender aquel documento formado por el computador, o aquel documento formado por medio del computador. En el primer caso, el "elaborador", conforme a una serie de datos y parámetros, y según un adecuado programa, decide en un supuesto concreto el contenido de la regulación de intereses, objeto de un determinado contrato. De esta forma nos encontramos ante un contrato concluido mediante ordenador o entre ordenadores. Si bien, esto actualmente puede ser difícil de encontrar en la contratación a pequeña escala, entendemos que ésta es la tendencia lógica hacia la que nos movemos. El ordenador, en este caso, y cada vez de una forma más pronunciada, no se limita a documentar una voluntad, sino que determina el contenido de dicha voluntad. Pero no debemos olvidar que es una máquina, y que responde a previas instrucciones, teniendo en cuenta que estas instrucciones pueden ser más o menos concretas.

Diferente es el caso en el que el ordenador o computador, no forma dicha voluntad ante ciertos estímulos, sino que se limite a documentar unas declaraciones de voluntad previamente manifestadas de alguna u otra forma. Esta documentación se refleja de formas diversas, pudiendo así el documento, ser memorizado en forma digital y almacenado en la memoria del elaborador. Estos son los documentos electrónicos en sentido estricto, que se caracterizan por el hecho de no poder ser leídos por el hombre sin la utilización de las adecuadas "máquinas" que hagan perceptibles y comprensibles las señales digitales de que están formados.

EMILIO DEL PESO(16) al referirse a la clasificación efectuada, de los

■ (16) DEL PESO, Emilio.- Obra ya citada

documentos electrónicos dice que en los primeros el sistema informático contrata, y en los segundos, sólo documenta.

ALTMARK(17) pone de manifiesto cómo el documento así creado tendrá un “diverso grado de perdurabilidad en el tiempo”, dependiendo ésta del modo de elaboración y el soporte elegido. Así podemos encontrar supuestos en que el documento desaparecería al dejar de funcionar el ordenador (Memoria RAM), o por el contrario, casos en que el documento podría permanecer de modo inalterable (Memoria ROM).

Dentro de los documentos electrónicos en sentido estricto, se encuentran aquellos expresamente creados para el uso de las terminales de un sistema, como son las tarjetas magnéticas, y más allá de los documentos electrónicos en sentido estricto, podemos encontrar una gran variedad de documentos que pueden ser creados por el ordenador mediante sus órganos de salida, sin estar, por lo general, en forma digital.

DEL PESO(18) habla de tres tipos de documentos informáticos:

- Soporte papel, reflejo de la información existente en un soporte informático.
- Soporte de información electrónica, creado por datos almacenados en un ordenador.
- Soporte de información electrónica normalizada.

Un “access device” de características particulares respecto a las tarjetas magnéticas comunes, es la smart card, o carté à mémoire, que consiste en un documento que contiene un auténtico microprocesador con su propia capacidad de memoria, que permite, no sólo activar un terminal, sino también memorizar la operación, formando así un verdadero archivo portátil. Este documento, no es que esté formado por un computador, sino que él mismo, es un computador, siendo de evidente interés como medio de prueba, incluso en sectores extracomerciales.

Pero además de los documentos electrónicos en sentido estricto, el ordena-

- (17) ALTMARK, Daniel Ricardo.- “Valor Jurídico del Documento Electrónico en el Derecho Argentino” Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Bariloche 1994.
- (18) DEL PESO NAVARRO, Emilio.- “Contratación sin soporte en papel, fax, firma digital y telemática”. Segundas Jornadas de Abogacía e Informática.- Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona 1.994.

dor puede crear un sinfín de documentos mediante sus propios órganos de salida, no estando en estos casos, por lo general, plasmado de forma digital. Estos son los documentos electrónicos en sentido amplio, o documentos informáticos, que pueden ser leídos por el hombre de una forma directa, sin necesidad de utilizar una máquina traductora, pudiendo, no obstante, tener diversos modos de formación.

Así GIANNANTONIO(19) diferencia entre los introducidos en la memoria de masa a través de la intervención humana, y los introducidos por medio de una máquina (lector óptico).

d) Valor probatorio del documento electrónico.

1.- Criterios de apreciación de la prueba.

Existen tres criterios fundamentales para la valoración de la prueba: criterio de prueba tasada, libre y mixto. El primero de ellos supone una imposición por parte de la ley al Juez, de manera abstracta y preestablecida que debe atribuir a cada medio probatorio. El criterio de prueba libre, consiste en que el Magistrado está en libertad de estimar el valor de cada prueba según su convicción. Y por último, el sistema mixto, supone adoptar el criterio de prueba legal para determinados medios probatorios, como los instrumentos públicos, y el de libre apreciación conforme a la regla de la sana crítica para los restantes medios de prueba no excluidos expresamente por la ley.

El documento electrónico se admite como prueba en los sistemas de libre apreciación, pero encuentra muchas dificultades en los países que han adoptado el criterio de prueba tasada.

2.- Derecho comparado y el Ordenamiento Jurídico español. Soluciones aportadas.

En nuestro ordenamiento jurídico, la prueba debe ser valorada por el Juez, según su prudente arbitrio, salvo que la ley disponga otra cosa (sistema mixto), debiendo entender la prueba documental en su sentido más amplio posible, que bien pudiera ser el aportado por CARNELUTTI(20) (a que ya hemos hecho referencia), lo que nos lleva a incluir en el término documento, a efectos probatorios, los modernos documentos electrónicos.

■ (19) ETTORRE GIANNANTONIO.- Obra ya citada.

■ (20) CARNELUTTI.- Definición de documento: "todo objeto capaz de representar un hecho o un acto jurídico". Afirma este autor que la autenticidad de un documento supondrá una concordancia entre el autor aparente y el autor real.

Pero muchos más problemas se plantean en otros ordenamientos como el francés o el británico, en los que encontramos institutos que se fundamentan en el principio contrario, esto es, el de valoración legal de las pruebas. Así, en los ordenamientos anglosajones, la posibilidad de utilizar los documentos electrónicos como medio de prueba, se contraponen con la regla del "oido decir" (Hearsay Rule), y con la regla del "original" (Best Evidence Rule). Por la primera de estas reglas, un documento no puede ser hecho valer ante los Tribunales, si su autor no está presente; y por la segunda, el documento sólo puede ser hecho valer en el Tribunal cuando es producido en su versión original.

El art. 1.348 del Código Civil francés, modificado por la Ley de 12 de Julio de 1.980, y referido a la prueba de los actos jurídicos, ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que el documento electrónico podría ser equiparado a efectos de prueba, al emitido en soporte tradicional (escrito sobre papel y firmado de puño y letra), cuando se diesen determinadas circunstancias. El citado artículo, al referirse a las características que han de reunir las copias a efectos probatorios, hace especial énfasis en la condición de su inalterabilidad.

En el Derecho Norteamericano, la Jurisprudencia ha venido a reconocer la posibilidad de alegar documentos electrónicos mediante la excepción "business records exception" que supone la aceptación, como prueba, de los documentos electrónicos, aún sin el testimonio de su autor, si se refieren a operaciones propias del curso normal y regular de los negocios, debiendo haber sido registradas en el momento de su conclusión o en un momento inmediato posterior. A su vez, ha sido también labor de la Jurisprudencia, la atemperación de la regla de "best evidence", para irse acoplando a las nuevas necesidades técnicas y jurídicas. Fruto de esta tendencia son la "Uniform Business Record as Evidence Act" y la "Uniform Rules of Evidence".

En el Reino Unido, la Civil Evidence Act de 1.968, en su art. 5, prevé la posibilidad de presentar en juicio un documento electrónico(21) y la Bankin Act de 1.979 y la Stock Exchange Act de 1.976 permiten hacer valer documentos informáticos, en materia bancaria y contable(22).

DANIEL RICARDO ALTMARK(23) al estudiar esta materia, recoge las

- (21) Se comprenden dentro del término documento escrito los mapas, gráficos, planos, dibujos, fotocopias, discos, bandas magnéticas, pistas sonoras y cualquier dispositivo en el cual el sonido o los datos son incorporados de tal forma, que puedan ser reproducidos con o sin ayuda de otros materiales.
- (22) En materia penal, el art. 69 de la Criminal Evidence Act. de 1.984, establece las condiciones de admisibilidad de los documentos emitidos por ordenadores.
- (23) ALTMARK, Daniel Ricardo.- Obra ya citada.

soluciones que distintas legislaciones del Derecho Comparado han dado o proponen dar al problema. Así el Proyecto de Reforma del Código Civil Brasileño de 1.975, al igual que la reforma del Código de Comercio Japonés, tiende a resolver esta cuestión. Suecia, por Ley de 19 de Diciembre de 1.975, modificadora de su código de las obligaciones, ya reconoce en materia contable los nuevos soportes de la información, condicionando su uso a determinados casos.

Suiza admite todo tipo de soporte de información ópticos o informáticos, siempre que esté asegurada su conservación y acceso a la información registrada.

Alemania admite todo tipo de soporte, siempre y cuando permita una reconstrucción fiel del documento original.

Del mismo modo varios estados de Australia y Nueva Zelanda, han legislado normas que regulan el valor probatorio de los documentos informáticos.

Uruguay en Ley número 16.002 de 25 de Noviembre de 1.988, art. 129, reconoce el valor jurídico pleno al documento electrónico remitido entre dependencias oficiales. MARCELO BAUZA REILLY(24) en su estudio sobre el Derecho de Prueba en Uruguay en materia de nuevas tecnologías de información, afirma que a partir de la Ley 15982 del 18 de Octubre de 1.988, sin hacer expresa mención a los soportes informáticos, se permite el ingreso en el proceso de los mismos. El citado autor, completa su estudio con la normativa informática plasmada en la Ley de Sociedades Comerciales núm. 16060 de 4 de Septiembre de 1.989, y el Decreto 500/991 de 27 de Septiembre de 1.991 sobre normas generales de actuación administrativa de la Administración Central, norma ésta última que supone un proceso evolutivo, siendo su antecedente más inmediato, la ya citada Ley 16002.

Merece especial consideración el Proyecto de Reforma al Código Civil Argentino referido al otorgamiento de valor probatorio al documento electrónico sobre la base de los trabajos realizados por los Profesores DANIEL RICARDO ALTMARK y SALVADOR DARIO VERGEL.

En un sistema de prueba mixta, como el nuestro, no hay, en principio, como ya hemos señalado, ningún inconveniente, en que las partes creen estos documentos como base de sus negocios jurídicos, y que el Juzgador los admita como medio de prueba en un determinado proceso, en el que se reclame el cumpli-

■ (24) BAUZA REILLY, Marcelo.- "Apertura del Derecho de Prueba en Uruguay en materia de nuevas tecnologías de Información" III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho.- Mérida 1.992.

miento de un contrato o cualquier otra consecuencia negocial. Pero esto no quiere decir, que el Juez deba dar a este tipo de documentos un valor incuestionable. El Juzgador, exclusivamente, le deberá atribuir los efectos y fuerza probatoria, que después de una adecuada valoración y comprobación de autenticidad, le indique su recto proceder. (art 609, 632 y 659 de la L.E.C.). Esto es, deberá estudiarse caso por caso para conseguir la certeza de que los datos en los mismos contenidos, son fiel reflejo de una relación negocial. Pero tampoco deberá rechazarse la existencia del contrato y su autenticidad, por el simple hecho de no estar firmado de su puño y letra por los contratantes, ya que en estos casos, la firma se ve suplida por otros medios de identificación de las partes (claves) de los que ellas mismas son responsables.

La incompatibilidad de los medios informáticos con la exigencia de la firma, no implica la ausencia de otros medios sustitutivos para comprobar su autenticidad.

Por todo ello entendemos que es imprescindible que tanto el comerciante como el jurista, conozcan los principios básicos, y más concretamente las técnicas necesarias, para que el documento electrónico pueda ser considerado como auténtico, y seguro reflejo de una relación contractual.

Nuestro legislador, si bien olvidando una necesaria reforma general de la normativa del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, referente al valor probatorio de los documentos (Arts. 1.216 y ss. del Cc y 596 y ss. de la L.E.C.), en la que se admita el documento electrónico como documento jurídico, y se establezcan sus condiciones y requisitos para su validez como prueba en el proceso, no por ello es ajeno a los nuevos avances tecnológicos y su relación con el valor probatorio de los documentos electrónicos.

Esta progresiva toma de conciencia se ve reflejada en la siguiente normativa(25):

Ley del Patrimonio Histórico de 25 de Junio de 1.985, que en su art. 49 describe al documento 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".

Ley del Mercado de Valores de 28 de Julio de 1.988, su art. 5 permite la representación de las acciones mediante anotaciones en cuenta (registros infor-

▪ (25) DEL PESO, Emilio.- "Los documentos en la era electrónica y su intercambio via telemática" IV Congreso Iberoamericano de Informática y derecho. Bariloche 1.994.

máticos) y la Ley de 25 de Julio de 1.989 al modificar el art. 38 de la Ley de Sociedades Anónimas, en el mismo sentido.

La Ley de 28 de Diciembre de 1.992 del Impuesto sobre el Valor Añadido, art. 88, "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".

El Real Decreto de 29 de Diciembre de 1.992, Reglamento del IVA, art.9 bis, "Las facturas transmitidas por vía telemática a que se refiere el art. 88, apartado 2 de la Ley del IVA, tendrán la misma validez que las facturas originales. La información contenida en la factura emitida y recibida debe ser idéntica. La Administración podrá exigir en cualquier momento al empresario o profesional emisor o receptor, su transformación en lenguaje legible, así como su emisión en soporte papel".

La Ley 30/1.992 de 26 de Noviembre del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 45, "1. Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes. 2. Cuando sea compatible con los medios técnicos de que disponen las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respecto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento. 3. Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce. 4. Los programas y aplicaciones electrónicas, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características. 5. Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original, siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación, y en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por éstas u otras Leyes".

El art. 59. 1 de la citada Ley 30/92 determina que las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción

por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

La Ley 10/1.992 de 30 de Abril de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, añade un apartado 7 al art. 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "Los certificados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotación en cuenta, a los que se refiere la Ley 24/88 de 28 de Julio del mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de valores, o en su caso, de la emisión".

La Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de Abril de 1.988 sobre despacho de mercancías contempla la posibilidad de que la Dirección General de Aduanas autorice la sustitución de la declaración escrita por la transmisión a la Oficina de Aduanas designada al efecto de los datos codificados.

La Circular 8/88 del Banco de España sobre el Sistema Nacional de Compensación Electrónica que introduce el reconocimiento jurídico de las liquidaciones interbancarias efectuadas por un sistema electrónico.

Circulares 8/92 y 8/93 del Departamento de Aduanas sobre sustitución del DUA por la transmisión electrónica de datos.

Resolución de la Dirección General de Gestión Tributaria de 7 de Noviembre de 1.988, que dispone que será obligatoria la presentación en soporte magnético de aquellas declaraciones que contengan más de 300 receptores, refiriéndose a los modelos de declaración de las retenciones.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 10 de Abril de 1.989 por la que se aprueban los soportes magnéticos legibles directamente por el ordenador que deben presentar las entidades gestoras de fondos de pensiones.

Real Decreto de 30 de Marzo de 1.990 modificativo del Reglamento Hipotecario que permite en su art. 418 b), la utilización de la telecopia o procedimiento similar, para remitir al Registro competente los datos necesarios para efectuar el oportuno asiento de presentación, previendo la creación de un índice general informatizado de fincas y derechos inscritos (art. 398 c).

Es de destacar asimismo la normativa comunitaria que también se ha sensibilizado por el problema que nos ocupa, y de indudable aplicación en España. De este modo citaremos: el Reglamento 2913/92 del Consejo de 12 de Octubre

(DOCE L302 de 19 de Octubre); el Reglamento CEE 2453/92 de la Comisión de 31 de Julio de 1.992 (DOCE L249 de 28 de Agosto); Recomendación R(81)20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 11 de Diciembre de 1.981...

Como podemos observar, y dada la naturaleza de esta regulación, podríamos llegar al caso de una discriminación legal, no tanto de las personas, como de las situaciones, dado el carácter sectorial del reconocimiento que nuestro legislador hace del documento electrónico, por lo que insistimos en la necesidad de que sea la normativa general, la que regule para todos los supuestos la admisión, efectos y requisitos del documento electrónico como elemento probatorio del negocio jurídico.

e) Garantías de la autenticidad del documento electrónico.

Un documento es auténtico cuando es fiel reflejo de la voluntad de sus creadores, siendo más seguro, cuanto más difícil sea alterar las declaraciones de voluntad en él contenidas.

CARNELUTTI ha definido la autenticidad como la correspondencia entre el autor aparente y el autor real del documento, dependiendo ésta de la seguridad con que se rodee el proceso de elaboración y emisión de un documento.

La falta de autenticidad del documento, puede deberse, en el caso del documento electrónico, a alteraciones en la fase de memorización, en la fase de elaboración o en la fase de transmisión.

Siguiendo a BERNARD E AMORY(26) podemos entender la autenticación como la actividad de identificar al autor de un mensaje y verificar que dicho autor se obliga legalmente con el mismo.

LUIS MARIA GATTI(27) distingue de una forma más precisa la identificación y la autenticación, calificando la identificación como una operación pasiva que puede tener lugar aun ignorándola la persona a la que concierne; siendo por el contrario la autenticación el proceso activo por el cual cada interlocutor se identifica conscientemente en cuanto al contenido de lo firmado y se adhiere al mismo, por lo que hay algunos métodos que si bien permiten una identificación,

■ (26) AMORY, Bernard E.- "Formation of contracts: communication of the offer and acceptance to the offerer". CECO Madrid 1.987.

■ (27) GATTI, Luis María.- "Adecuación de las Nuevas Tecnologías al Orden Jurídico. Contratación a Distancia. La Prueba". Bariloche 1.994

no llegan a presumir la autenticación, la intención de obligarse. Es imprescindible, por tanto,, para contratar electrónicamente, el proceso activo de autenticación.(28)

Hoy en día existen un gran número de métodos para evitar, en la medida de lo posible, esas alteraciones, como pueden ser el doble tecleo, particulares programas de control, la verificación del mensaje, la utilización del testing, programas de paridad y disparidad sobre cada carácter, y posteriormente sobre todos los bytes que tienen la misma posición dentro del carácter transmitido, controles y registros en la actividad de los posibles intervinientes, en la elaboración y transmisión de un determinado mensaje...

Podemos clasificar en tres grandes categorías las técnicas de autenticación del documento electrónico(29):

1ª El Código Secreto o Código de Ingreso.

2ª La Criptografía.

3ª Técnicas basadas en la Biometría.

1ª El Código Secreto o Código de Ingreso supone una combinación determinada de números o de letras que sólo es conocida en principio por el titular del mismo. La doctrina anglosajona lo denomina Personal Identification Number (PIN), combinándose usualmente con la utilización de tarjetas magnéticas.

2ª La Criptografía, que si bien va a ser tratada con mayor amplitud en el epígrafe siguiente, debemos, en este punto, definirla como un sistema de codificación de un texto con unas claves confidenciales y de procesos matemáticos complejos (algoritmos) de forma que resulte incomprensible para el tercero que desconozca la clave descodificadora, entendiendo por descodificación la actuación que reestablece el texto a su forma original. DEL PESO(30) de una forma más sencilla y concisa define la Criptografía "como el arte de hacer incompre-

- (28) CARRASCOSA LOPEZ, Valentín, BAUZA REILLY, Marcelo, GONZALEZ AGUILAR, Audilio.- "El Derecho de la Prueba y la Informática. Problemática y Perspectivas". Informática y Derecho II. UNED Centro Regional de Extremadura. Mérida 1.991. La identificación supone una información (o un conjunto de informaciones) que designa de manera no ambigua una persona. La autenticación se refiere a un elemento intencional para los juristas: es un complemento de la identificación y habitualmente estos dos elementos son confundidos; la autenticación permitiría a una persona dar a conocer su voluntad de aparecer ligada al acto que ella misma ha creado. Para los informáticos, la noción de autenticación equivale a un "control de identidad", aun cuando a veces el concepto se desliza hacia "la integridad del mensaje" (las normas ISO permiten esta interpretación, sin por ello perder de vista la diferencia entre estas dos nociones).
- (29) DANIEL RICARDO ALTMARK. Obra ya citada.
- (30) DEL PESO NAVARRO, Emilio.- Obra ya citada.

sible a todos un mensaje, a no ser que se conozca la clave secreta”.

3ª Métodos basados en la biometría, podemos entender la identificación de un determinado operador a través de datos físicos o biológicos, si bien, en este caso, necesitaríamos un sistema auxiliar para verificar la autenticidad del contenido del documento.

Pero a pesar de todas estas técnicas de control, y otras muchas no mencionadas, que existen para garantizar la autenticidad del documento informático, no se puede asegurar de forma absoluta que un programa esté exento de errores o que un tercero extraño a la relación contractual no haya podido intervenir en la transmisión del mensaje; pero nos atrevemos a decir que esta posible inseguridad existe en la misma medida que en los documentos privados, escritos de puño y letra de los contratantes, en los que conste su firma, dado que ésta también puede ser falsificada con una cierta facilidad(31).

Las técnicas de autenticación y su fiabilidad determinarán la fuerza probatoria del documento electrónico y por supuesto, la fuerza de obligar a las partes, vinculándose su función a la inalterabilidad del documento y a la seguridad técnica y operativa del sistema.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, consciente de la operatividad de estos medios y de los avances tecnológicos imperantes en nuestra sociedad, emitió una serie de Recomendaciones en 1.985, de las que es preciso destacar la necesidad que plantean de revisar las normas legales en cuanto a la utilización de registros informáticos, como prueba en caso de litigio, orientándolas a su admisión, debiéndose autorizar, en la medida de lo posible, que los documentos sean registrados y transmitidos informáticamente, propugnando la admisión de las formas de autenticación de los documentos electrónicos.

Si una de las razones por las que se resta valor al documento electrónico, es la ausencia de firma, particular importancia tiene por lo tanto, hacer referencia a la signatura informática. Son características definitorias de la signatura, como ya hemos señalado: ser un medio de identificar al signatario, y que sea un instrumento que exprese la voluntad de adherirse a lo firmado. Por lo que todo aquello que cumpla ambas características, debe considerarse como signatura,

■ (31) FABRIZZI, Eduardo Luis y PREUGER, Enrique Eduardo.- “Sistema computarizado para el estudio de la escritura manuscrita”. Bariloche 1.994. EDUARDO MOLINA QUIROGA.- “Valor probatorio de los documentos emitidos por sistemas informáticos”. Bariloche 1.994.

pudiendo cambiar la forma que adopte sin que se modifiquen en lo esencial sus características y funciones.

Para Y. POULLET⁽³²⁾ la signatura electrónica supone una serie de características añadidas al final de un documento. Es elaborada según procedimientos criptográficos, y lleva un resumen codificado del mensaje, y de la identidad de emisor y receptor. Son características de la signatura electrónica: que debe permitir la identificación del signatario; no puede ser generada más que por el emisor del documento, infalsificable e inimitable; las informaciones que se generen a partir de la signatura electrónica deben ser suficientes para poder validarla, pero insuficientes para falsificarla; la posible intervención del Notario Electrónico mejora la seguridad del sistema; la aposición de una signatura debe ser significativa y va unida indisociablemente al documento a que se refiere; y no debe existir dilación de tiempo ni de lugar entre aceptación por el signatario y la aposición de la signatura. De ello se puede deducir que se impone la presencia de una persona (no cabe signatura automatizada).

Para DEL PESO⁽³³⁾ es una señal digital representada por una cadena de bits, que se caracteriza por ser secreta, fácil de producir y de reconocer, difícil de falsificar y cambiante en función del mensaje y en función del tiempo, cuya utilización obliga a la aparición de lo que denomina fedatario electrónico o telemático que será capaz de verificar la autenticidad de los documentos que circulan a través de las líneas de comunicación, al tener no sólo una formación informática, sino también jurídica.

Las nuevas formas y técnicas de autenticación pueden ser tan aceptables como la tradicional firma manuscrita. Bastaría ponerse de acuerdo sobre la utilización y alcance de estas nuevas formas de identificación, dentro de un acuerdo-marco previo.⁽³⁴⁾

En la actualidad sigue existiendo un gran número de juristas que consideran inapropiado el término de signatura informática.⁽³⁵⁾ Podemos entender la afirmación de que no existe signatura sin intervención humana, pero no pode-

■ (32) Y. POULLET. Obra ya citada.

■ (33) DEL PESO, Emilio.- Obra ya citada.

■ (34) CARRASCOSA LOPEZ, Valentín, BAUZA REILLY Marcelo y GONZALEZ AGUILAR, Audilio.- Obra ya citada. La signatura tradicional puede ser siempre discutida. Su validez y fuerza probante derivan antes que nada de procedimientos de legalización y confirmación complementarios al acto de firmar.

■ (35) CARRASCOSA LOPEZ, Valentín, BAUZA REILLY, Marcelo y GONZALEZ AGUILAR, Audilio.- Obra ya citada. El término signatura informática ha sido largamente utilizado hoy sobre el plano técnico; se trata ahora de saber si dicho término puede adquirir carta de ciudadanía dentro del dominio jurídico. Este reconocimiento jurídico parece aceptable a los ojos de quienes defienden una concepción funcional de la signatura en sentido amplio, mientras que la mayor parte de los juristas se resisten todavía a dar este apelativo a ciertas nuevas técnicas de identificación y/o autenticación.

mos por menos que afirmar que la expresión "signatura informática" está íntimamente unida a la persona.

f) La Criptografía

Habiendo sido definida con anterioridad en este trabajo, nos limitaremos en este apartado a un brevísimo estudio de las dos grandes técnicas criptográficas: sistemas simétricos y asimétricos. En los primeros, el emisor, como el destinatario de un mensaje disponen de la misma clave para el cifrado y descifrado de aquel; por el contrario en los asimétricos funcionan por la combinación de dos tipos de claves, una pública y otra secreta que se corresponde.

Son ejemplos de clave privada la Data Encryption Standard (DES), y en clave pública, la Rivest Shamir Aldleman (RSA)(36).

DEL PESO al hablar de las técnicas criptográficas, hace referencia al, en su opinión, gran inconveniente del coste, si bien no podemos refutar la necesidad de una inversión importante, no es menos cierto que las ventajas que supone la transmisión electrónica, aunadas con las garantías de seguridad que nos ofrece la criptografía, superan en mucho este inconveniente, que por otra parte, con el paso del tiempo, se irá minimizando.

MIGUEL A. GALLARDO ORTIZ(37) hace un interesante estudio de la Criptología como garantía de las firmas electrónicas, refiriéndose a las técnicas más empleadas en la actualidad y poniendo de manifiesto la necesidad de crear "las reglas de la justicia informática", pues, como dice este autor "si no hacemos, alguien lo hará por nosotros".

No debemos terminar, sin hacer mención de los llamados "sellos del software". En este caso, es el mismo ordenador el que asocia a cada instrucción o serie de instrucciones, un valor numérico, y así, si el programa se modifica, el valor de las instrucciones que lo componen se altera, y es el mismo ordenador, el que comprobando la desigualdad entre las claves y el valor numérico del programa, rechazaría la ejecución del mismo, señalando sus alteraciones. Lo que supondría en la materia que nos ocupa, evitar un contrato no deseado, o entre personas no claramente identificadas.(38)

Se plantea un dilema entre libertad y seguridad para la Justicia, pues el uso

- (36) GALLARDO ORTIZ, Miguel A.- "Criptología: Seguridad Informática y Derecho. Leyes del Ciberespacio". III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Mérida 1.992.
- (37) GALLARDO ORTIZ, Miguel A.- Obra ya citada y "Garantías Criptográficas de las firmas electrónicas" artículo publicado en "Actualidad Informática" ARANZADI núm. 6. Enero 1.993.
- (38) ETTORE GIANNANTONIO. Obra ya citada.

de la Criptografía para la codificación de la información en ordenadores y redes, al igual que los sistemas de control de accesos mediante passwords, suponen un obstáculo técnico para la investigación de los hechos presuntamente delictivos, pero es también la única forma de preservar la intimidad y propiedad de la información⁽³⁹⁾, dilema que debe ser resuelto a tenor de conceptos genéricos tales como la Justicia y la Seguridad, bajo la perspectiva de nuestra Constitución y de todo el ordenamiento jurídico. Es conveniente que los países vayan incluyendo la criptología en sus leyes.

g) Documento Público y Documento Electrónico

El Código Civil español, en su art. 1.216 establece que "son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley". Añade el art. 1.217 del mismo cuerpo legal que "los documentos en que intervenga Notario Público, se registrarán por la legislación notarial", siendo también tratados en los art. 596 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero de los artículos citados de nuestra ley procesal hace una enumeración de los citados documentos públicos, refiriéndose a las Escrituras Públicas otorgadas con arreglo a derecho, las certificaciones expedidas por los Agentes de Bolsa y Corredores de Comercio...

Hemos de entender que el carácter público de un documento, vendrá dado por el cumplimiento de los requisitos que establece el Código Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y leyes concordantes, por lo que un documento electrónico tendrá el carácter de público exclusivamente si reúne dichos requisitos.

Se plantea la cuestión de considerar si el documento en que se haya plasmado una signatura electrónica, y en que haya intervenido el llamado "fedatario público electrónico", puede ser calificado de documento público.

Debemos considerar de una forma estricta el concepto de documento público, no aplicándole nunca una interpretación extensiva, por las importantes consecuencias que la ley les ha concedido.

La intervención del llamado fedatario electrónico en los términos referidos anteriormente en este trabajo, no lleva por sí a transformar un documento privado en documento público. Es indudable que la verificación de la autenticidad de

■ (39) GALLARDO ORTIZ, Miguel A.- "Legislación española y Política Criptológica Internacional" Ponencia presentada en el IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho. Bariloche 1.994.

un documento que circule a través de las líneas de comunicación, por una persona con conocimientos jurídicos y técnicos es de un gran valor, y proporciona una seguridad en la contratación que facilita e incita a la utilización de estos medios en nuestro tráfico jurídico, pero no puede conllevar la calificación de público al documento que no cumpla los tan repetidos requisitos exigidos por la ley.

No existe ningún inconveniente para la calificación de público de un documento electrónico, siempre y cuando esté "autorizado por un empleado público competente con las solemnidades requeridas por la ley".

Cuando un contrato precise para su existencia, constar en documento público, como requisito sustancial del mismo, será necesaria plasmarlo en dicho documento, no pudiendo ser suplida la forma ad substantiam, por cualquier otro tipo de documento, por muy garantizada que esté su autenticidad. Así, la hipoteca tendrá que constituirse en una escritura pública, no existiendo como tal en un documento electrónico por muy garantizada que esté su autenticidad. Sería de desear añadir a la formación de los Notarios unos conocimientos técnico-informáticos que posibilitaran su intervención como fedatarios públicos en la contratación electrónica, sin tener que someterse a los requisitos actuales, en cierto modo anacrónicos, si bien de una exquisita garantía jurídica.

La Ponencia número 117, del IV Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, Bariloche 1.994, sobre "Resumen Notarial en una contratación por sistema telemático" ofrece la posibilidad de la intervención notarial en la contratación telemática, de forma que bastará con acudir a un Notario que cuente con servicio de fax o módem, interconectado con otra Notaría, a la que acudirá el otro contratante, a quien se transmitirá la oferta por medio informático, y recibirá por igual vía la aceptación, comprometiéndose ambos fedatarios a intercambiarse los respectivos testimonios.(40)

Si bien el sistema puede ser válido, consideramos que económicamente no es factible, y la celeridad que presupone la utilización de los medios electrónicos se vería mediatizada.

V. CONCLUSIONES

La posibilidad de documentar determinados actos jurídicos por medios

■ (40) GARCIA RUA, Oscar, TREZZA, Alicia, y VIACAVA, Jorge.- Escribanos del Colegio de la Capital Federal Argentina. Bariloche 1.994. "La intervención notarial en una contratación por sistema telemático".

electrónicos, y más concretamente, los contratos, plantea no sólo problemas de fondo, sino también de tipo procesal, como ya hemos adelantado al referirnos al valor probatorio de los mismos.

Venimos manteniendo desde el principio de nuestro estudio, la posibilidad de que el acuerdo de voluntades necesario para contratar, se plasme en un documento electrónico, o dicho de otra forma, que se pueda concluir un contrato por estos medios, pero... ¿qué valor tendrían dichos documentos ante los Tribunales, en el supuesto de un incumplimiento contractual?. Este problema ya ha sido planteado en numerosas legislaciones que han ido impulsando reformas tendentes a su admisión en determinados supuestos (Argentina, Chile...)

Si entendemos que existe documento privado cuando se fija en un soporte material un mensaje, en un lenguaje destinado a su comunicación, no vemos inconveniente para que un documento electrónico cumpla dichas características, asumiendo la misma naturaleza y valor.

Todas las objeciones que pudieran plantearse, carecerían de verdadero fundamento. Hemos de superar la rémora que supone la exigencia de escritura y firma, para considerar que existe un contrato, y es precisamente en la carga de la prueba, donde podemos encontrar la primera y transitoria puerta de salida a este problema. El art. 1.214 del Código Civil establece que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone. En principio si el incumplidor de un contrato negase la validez de un documento electrónico, por carecer de firma y escritura, la contraparte que reclame su cumplimiento, se vería totalmente indefensa, si no concediésemos a dicho documento electrónico un valor de presunción. Si previamente los contratantes han manifestado su voluntad de realizar sus negocios o un negocio determinado, mediante la utilización de instrumentos electrónicos, la incorrección de su utilización, o la carencia de los requisitos necesarios de dicho documento, tiene que ser probada por quien la alegue. Nuestra legislación no permite que la parte que ha incumplido un formalismo, argumente la carencia del mismo, sin olvidar que la negligencia por parte de quien niega el contrato (como comunicar la clave secreta u otra forma de seguridad previamente pactada) sería de su exclusiva responsabilidad, no pudiendo ser nunca alegada ante los Tribunales como justificación de un incumplimiento contractual.

Por todo lo dicho, podemos afirmar que el documento electrónico adquiere valor de prueba documental, con el alcance que señala el art. 1.225 y ss. del Código Civil, equiparándose así a cualquier otro documento privado, cuya eficacia probatoria no sería inmediata, teniendo que ser reconocido por las partes

o autenticado por Notario, para hacer prueba plena en juicio.

Indudablemente nada impide que el documento electrónico en su sentido amplio, una vez impreso en papel, pueda ser firmado por las partes, pero esto supondría dar a dicho documento un valor muy limitado, que si bien no plantea ningún problema para ser aceptado por los Tribunales, no supone ningún avance respecto al tráfico jurídico anterior.

Con todo ello vemos que una posible solución es considerar que el documento electrónico es válido mientras no se demuestre lo contrario, siempre que se hayan respetado unas mínimas normas de seguridad, previamente determinadas por las partes. Pero se hace patente la necesidad de una normativa específica que determine la valoración de estos documentos, como prueba de la existencia del contrato, sin que conste en los mismos la firma y rúbrica de los contratantes, y más cuando los criterios tradicionales están entrando en crisis por su desfase, lentitud y en ocasiones carácter antieconómico. Además, en la actualidad, son los propios ordenadores los que introducen nuevos medios para controlar la autenticidad de un documento, incluso de una forma más precisa y segura que la propia firma, como son los principios biométricos (entendiendo por Biometría aquella ciencia que estudia cuantitativamente los fenómenos de la vida). Algunos caracteres de la persona no son reproducibles, y por tanto de imposible falsificación.

Podemos afirmar que existe la posibilidad de contratar por medios electrónicos, y respetando ciertas garantías y precauciones, poder llegar a exigir el cumplimiento de estos contratos ante los Juzgados, con absoluta garantía. Si bien el legislador debe tomar conciencia de la acuciante necesidad que existe de actualizar los medios de prueba, que indirectamente, vendrán a agilizar la contratación y con ello, la vida socio-económica de un país.

No podemos pedir a los comerciantes un riesgo y una confianza en el tráfico, que debe ser garantizada por la ley.

Concluiremos diciendo que la apreciación conjunta de la prueba, de creación jurisprudencial, diluye el vinculante efecto de la prueba legal en el conjunto, indiferenciando del total de las pruebas practicadas y permite, forzando la interpretación de las normas vigentes sobre prueba documental, considerar el documento electrónico o informático, si bien nos pone de manifiesto la necesidad de una urgente y profunda renovación legislativa que de respuesta a las nuevas exigencias de la realidad social presente, y continúe, en el proceso civil y otros, la línea marcada en el artículo 90 de la Ley de Procedimiento Laboral, que acoge, expresamente, en el ámbito de la prueba documental a "los medios modernos de reproducción" de la palabra, de la imagen o del sonido.

