

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Derecho de la prueba

Poullet, Yves

Published in:
Derecho de la Alta Tecnologia

Publication date:
1993

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Poullet, Y 1993, 'Derecho de la prueba: de la libertad a las responsabilidades. Algunas reflexiones sobre el derecho continental europeo', *Derecho de la Alta Tecnologia*, no. 56-57, pp. 10-21.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Derecho de la Prueba: de la libertad a las responsabilidades

algunas reflexiones sobre el derecho continental europeo

por Yves Pouillet

1. "Verba volant, scripta manent": La euforia

De un computador a otro, con la ayuda de las telecomunicaciones, los datos electrónicos vuelan ... ¡con toda seguridad! dirán ustedes y yo les creeré con mucho gusto ... el software llamado de criptografía, encierra mejor que un cofre bancario los mensajes del computador. ¿Imitar una firma manuscrita no es más fácil que imitar una firma electrónica? Al argumento de la seguridad técnica se añaden los imperativos de la gestión económica de las empresas y las administraciones públicas: el papel circula lentamente, su conservación es costosa... ¿Por qué privarse de las ventajas que aportan las capacidades de nuestros computadores y nuestras redes?. En fin, la rareza sino inexistencia de conflictos judiciales permite llegar a conclusiones positivas respecto de la excelencia de nuestro sistema jurídico y de sus jueces y de la perfecta adaptación del derecho a las realidades tecnológicas novedosas.

¿Existe entonces actualmente alguna cuestión que resolver? ¿No es suficiente para acabar de convencerse entonar el himno a la libertad, en este caso contractual, para declarar cerrada la cuestión !?

2. Las razones de un desencanto

En primer lugar, la supervivencia de algunos jueces irreverentes respecto del dios computador hace temer a los proveedores de servicios relacionados con la nueva tecnología de la información y de la comunicación que el vacío jurídico sea en este terreno sinónimo no de ausencia sino de ignorancia y de impredecibilidad².

Además, las convenciones privadas tiene mala prensa ante las regulaciones contables, fiscales o de seguridad social, que las administraciones públicas recuerdan muy de su agrado en sus relaciones con los administrados³.

Añadiremos que la multiplicación de redes abiertas, en la medida en que permitan la conclusión de transacciones entre personas con relaciones de negocio ocasionales, torna impracticable el sistema de arreglo convencional del derecho de la prueba e impide en consecuencia, ver en el mismo una solución universal y suficiente.

Por último, y sobre todo en el momento en que las legislaciones que reconocen la preeminencia del escrito liberalizan el derecho de la prueba en materia de transacciones de pequeño monto⁴, los mismos legisladores en el cuadro de disposiciones protectoras de los consumidores⁵ prohíben la utilización de cláusulas relativas a la prueba⁶ e ilustran la fórmula de Lacordaire: "Es la libertad la que oprime y la ley la que libera".

3. Los nuevos desequilibrios

¿Qué se reprocha en definitiva al computador o, más genéricamente, a las redes de transmisión de datos digitales? Nada que no sea el hecho de que su utilización provoca nuevos desequilibrios que Madame Gallouedec-Genuys⁷ resume así: "En resumen, los desequilibrios derivados de las nuevas tecnologías de la información, de su naturaleza, de su utilización y de su apropiación aparecen:

- del hecho de la mediatización de la relación de las partes y del pasaje obligado por un intermediario técnico (máquinas, cables, antena, software ...) la caja negra;

- del hecho de que esta mediatización impone accesos, almacenamientos, tratamientos organizados y controlados por una sola de las partes: aquella que posee o dispone de las herramientas tecnológicas (los casos de igualdad o de asociación no se contemplan aquí)

- del hecho de que esta parte se encuentra en posición dominante, que impone su voluntad por

contratos preparados por ellas mismas, verdaderos contratos de adhesión en la mayoría de los casos, de los que esta parte obtiene provecho;

- del hecho de que el acceso a estos medios y modos de relación novedosos para las personas externas al sistema pero generalmente sometidos a fuerte presión para servirse de ellos, no es siempre bien comprendida, ni sus modos de empleo, ni sus reglas ni sus consecuencias;

- del hecho de que la simplicidad del acceso, la ausencia de interfaces humanas y el alejamiento de las relaciones no permiten siempre ni a todos los usuarios finales apreciar exactamente las situaciones en las cuales los mismos intervienen ...".

De allí, esta conclusión del mundo económico y financiero, consignada por el observatorio jurídico francés de la tecnología de la información: "Conocemos las razones de aquellos que no confían en el juez y quieren ver removidas por normas rígidas la incertidumbre sobre la calidad probatoria de las pruebas emanadas de las nuevas tecnologías. Ellos rehusan la inseguridad de la debilidad por temor del juez pero también de ellos mismos y de su libre elección: renuncian a concluir la 'ley de las partes' para reclamar al 'gran legislador' su intervención".

"Aquello que deba hacerse, lo haremos, pero cuando se nos lo diga".

4. En otros términos, la utilización de las redes de transmisión de datos digitales en la conclusión y conservación de transacciones puede provocar legítimamente la ruptura de tres principios a los cuales el derecho de la prueba está ligado:

- *el principio del contradictorio*: cada uno de los contratantes debe disponer con igualdad de medios de prueba. Se trata típicamente de la formalidad de duplicación del art. 1325 del Código Civil;

- *el principio de la transparencia*: a través de la modalidad de establecimiento y de conservación de la prueba, incluidas en la convención, cada uno debe poder medir la extensión de su compromiso;

- *el principio de la permanencia* del soporte al cual cada uno debe siempre poder referirse y que

contradice la volatilidad intrínseca del documento electrónico.

¿Justifica esta triple ruptura un cuestionamiento total de la prueba llamada electrónica? Por cierto que no, como lo demostraremos enseguida. Pero sí justifica una actitud prudente.

La demostración que proponemos se dirige a mostrar que una mejor comprensión de los tres conceptos claves en materia de prueba de la conclusión y de la conservación de documentos contractuales permite acoger la prueba llamada electrónica (I) sin modificación mayor de nuestra legislación sobre la prueba pero completándola, en el debido caso, con disposiciones sobre la responsabilidad (II)

TITULO I: Los Conceptos de Base

5. Escrito - Firma - Copia: tres conceptos claves.

Resulta banal recordar que el derecho de la prueba organiza la protección -es verdad que parcial- de aquél respecto de quien nos creemos acreedores. Frente a su acreedor, el pretendido deudor opondrá la ausencia o el defecto de calidad del "soporte" sobre el cual se funda la reclamación; se prevendrá de la ausencia de una adhesión al contenido de ese soporte o, en fin, establecerá la fidelidad insuficiente real o reputada del modo de conservación del soporte con relación al original. En otros términos, tres conceptos organizan en dos tiempos el derecho de la prueba: las nociones de "soporte" o "escrito", por una parte; de "adhesión" o "firma" por otra parte, clarifican la prueba de la conclusión de un contrato, la noción de "copia" su conservación⁸. El primer propósito es, en consecuencia, examinar si es posible y a qué costo, que estos conceptos soporten el calificativo "electrónicos".

A primera vista, estos tres conceptos encuadran la realidad de la prueba electrónica: aquél a quien se opone el documento electrónico, objetará el defecto de calidad o de fiabilidad de los programas, basados en el soporte sobre el que se apoya la prueba electrónica. Discutirá que mediante tales programas se haya operado la operación que se le imputa, en fin, se prevendrá de la volatilidad intrínseca del documento electrónico y de los riesgos de su conservación. Una concepción funcional nos parece justificar las equivalencias sugeridas.

I. ¿Existe la firma electrónica?⁹

6. El concepto de firma

El vocablo "firma electrónica" se utiliza frecuentemente ¿es aceptable jurídicamente? Por cierto que la jurisprudencia de ciertos países (Bélgica, Dinamarca, Portugal, Alemania) mantiene la existencia de una firma manuscrita, marca por medio de la cual una persona revela su personalidad a terceros. Una concepción más funcional de la firma se aparta de una visión tan estricta. Se trata del signo por el cual una persona, por una parte, se identifica como autor de un acto e indica su voluntad de adherir al contenido de un acto al cual la firma se refiere y sobre el cual ha sido puesta. En ese sentido, ciertos procedimientos de identificación y autenticación electrónicos podrían ser reconocidos como verdaderas firmas.

7. La firma electrónica

La firma electrónica consiste en una serie de caracteres introducidos al fin de un documento. Se elabora según un procedimiento matemático (criptográfico) y constituye un resumen codificado del mensaje, de informaciones relativas a la fecha y a la hora de envío del mensaje, a la identidad del expedidor y del receptor ... Ofrece por otra parte una gran seguridad: si el mensaje enviado arriba a una tercera persona, la misma no podrá tomar conocimiento en la medida en que no disponga del código que permite decifrarlo. Del mismo modo, si una modificación se efectúa posteriormente al envío por una persona no autorizada, será posible detectarla en la medida en que existirá una discordancia entre la firma electrónica y el documento enviado.

La concepción funcional de la firma nos permite asignar a la firma las características siguientes - que nos parecen reunidas por ciertas firmas electrónicas:

- La firma debe permitir la identificación del firmante

La relación "firma-firmante" debe ser única y absoluta: a una firma determinada se podrá asociar sólo a un único firmante. De todas maneras, en lo que concierne a documentos informáticos, la verificación de la adecuación entre la firma y el firmante no puede realizarse de manera visual como en el caso de la firma manuscrita. La verificación de la correspondencia "texto-firma" se realiza en

consecuencia, no por una persona humana sino por medios informáticos apropiados (programas, ...).

- La firma no puede generarse más que por el emisor del documento. Debe ser suficientemente infalsificable e inimitable

La firma manuscrita resulta "generada" por el signatario de tal suerte que ella sea en principio infalsificable e inimitable. Aún en materia de firma manuscrita, no puede existir a este respecto certidumbre absoluta. La misma calidad puede encontrarse en el caso de ciertas firmas electrónicas¹⁰.

Una firma electrónica se establece tanto en función del contenido del documentos, como en función de informaciones secretas únicas y propias al emisor, o en función de informaciones comunes al emisor y al destinatario que podrían ser públicas (algoritmo de firma utilizado, parámetros eventuales, ...), o de una combinación de los elementos antes mencionados.

a. Las informaciones que permitan "generar" una firma electrónica deben ser suficientes para poder validarla pero insuficientes para poder falsificarlas. El método de firma y autenticación debe, por consecuencia, ser robusto, de tal manera que sea prácticamente imposible encontrar la manera de firmar en lugar de cualquier otro.

b. La "notarización" de las firmas (o aún el depósito de los métodos de firmas en un "notario electrónico") mejora la seguridad del sistema en la medida que ella asegura a las entidades (emisor y receptor) gracias a un tercero al cual las mismas se fían, la integridad, el origen, la fecha y el destino de los documentos.

- La aposición de la firma debe ser significativa y hacerse sobre el mismo documento hacia el cual la firma se refiere.

La firma debe permanecer agregada de manera permanente e indisoluble durante el transporte del documento.

Es necesario en primer lugar, que el acto de firma sea significativo. Esto equivale a decir que el documento debe ser legible y comprensible y que la firma debe exigir una actividad voluntaria por parte del firmante. Esta condición no es novedosa y es bien fácilmente realizable, tanto a nivel de documento papel "clásico", como a nivel del documento "informático" (aparición sobre la pantalla de la operación deseada antes

de oprimir la tecla OK). Por lo demás, la firma debe efectuarse en el documento al cual la misma se refiere. Esta condición no pone ninguna dificultad por los documentos de tipo papel. En efecto, la firma colocada sobre el papel no es válida más que respecto del contenido del mismo y no es borrable. Para respetar la condición según la cual la aposición de la firma debe realizarse sobre el documento mismo, es necesario que, físicamente, el documento y su firma constituyan una sola unidad de almacenamiento sobre el soporte informático. Pero, tal no es siempre el caso. En efecto, podría darse el caso en que por gestiones de cálculo, gestión o seguridad, las firmas tuvieran necesidad de un nivel de privilegio superior a aquel otorgado a los documentos (un privilegio, dentro del cuadro de un sistema informático es un medio de protección de los datos que representa el derecho para una persona a conocer informaciones contenidas en ese sistema). Por consecuencia, su almacenamiento tendría lugar sobre diferentes soportes y esto a pesar de los vínculos lógicos que los unirían.

¿Podemos concluir que la firma electrónica no está ligada al documento firmado? La respuesta es negativa, por doble motivo. La firma electrónica, por ejemplo, es por definición "adherida al documento" al que la misma se refiere y además "establecida en función del contenido del documento". Por consecuencia, aún cuando la firma pudiese ser distinta físicamente, continúa dependiendo lógicamente del documento. Para adaptar "la condición de fijación permanente e indisoluble de la firma a los documentos informáticos, se deben utilizar métodos que permitan garantizar la inalterabilidad de los documentos. A partir de la allí, la alteración, modificación o supresión de una firma resultarán imposibles.

- No debe existir ninguna diferencia de tiempo ni definición entre la aceptación del contenido del texto por el signatario y la aposición real de su firma.

Esta condición se vincula esencialmente al establecimiento de la firma. La persona firmante no puede firmar válidamente un documento si el mismo no se encuentra en su posesión y la aposición de su firma no resulta significativa. Tal exigencia impide por consecuencia, la firma del tipo automatizado y/o programado e impone la presencia e intervención de una persona humana en todo acto de firma. Esta condición prohíbe, en consecuencia la intervención de todo intermediario (humano u otro) entre el signatario

y el documento firmado. Esto no impide de manera alguna la firma en el seno de una red telemática. En efecto, cuando una persona decide, por ejemplo, concluir un contrato de compra por vía telemática, el contrato llega al adquirente vía la red desde el centro servidor al vendedor. De acuerdo a la definición de la firma, es imposible para el servidor, el adquirente, el vendedor o por cualquier otra persona que se encuentre vinculada a la red, modificar el documento firmado. Esto confirma la idea de que la condición de presencia del signatario y del documento firmado no tiene necesidad más que de ser verificada a un solo momento dentro del proceso del documento: el acto de firma.

II. ¿El documento electrónico es un escrito?

8. El concepto de escrito.

La noción de escrito no se encuentra de manera alguna definida por nuestra legislación¹¹. La única definición legal de "escrito" es la del código de procedimientos alemán¹²; el término "escrito" recubre todas "las formas de expresión directamente legibles"¹³, se encuentren las mismas sobre soporte papel, óptico, magnético, etc. Tal definición confirmada por otras jurisprudencias¹⁴ responde a la preocupación de abarcar los procedimientos múltiples y variados de almacenamiento y transmisión de datos.

El gran valor probatorio reconocido al escrito se explica por sus características. Constituye un soporte estable fiable, sobre el cual figuran signos formando un lenguaje. Tal concepto de "abierto" y su extensión no se reduce al solo documento papel: el lenguaje puede ser codificado, la estabilidad entenderse como la posibilidad de ser producible en todo momento en caso de sobrevinencia de un litigio, la fiabilidad ser garantida por el modo técnico de almacenamiento y la transmisión de signos y no por la calidad del papel. En pocas palabras, se reconoce como escrito toda reproducción suficientemente durable de la voluntad de una persona por signos susceptibles de ser leídos, gracias a un procedimiento apropiado y no solamente a la aposición sobre papel de signos, y no deberá sorprender la audacia de la administración fiscal, que en materia de factura creada y transmitida electrónicamente reconoce: "en caso de teletransmisión, el valor probatorio de los documentos intercambiados depende esencialmente de la instalación de un dispositivo técnico que asegure al sistema una fiabilidad equivalente a la que procura la expresión factura sobre papel y que permita asimilar una factura

transmitida por vía telemática a un original" ¹⁵.

9. Del documento electrónico al escrito

Parece necesario extender la noción de escrito, parece también indispensable definir el criterio de seguridad que permitirá al documento electrónico constituir un escrito. Esos criterios suponen la disponibilidad del documento sobre el soporte informático o papel y previene los riesgos a nivel de la fiabilidad y la integridad.

- "El documento debe ser inalterable"

Hablar de inalterabilidad de un documento, es igualmente hablar de fraude. En tanto que, sobre soporte papel esto es muy fácil pero también muy rápidamente visible (raspar o recopiar una información deja sus trazas), el fraude sobre un soporte informático pasa frecuentemente desapercibido y prácticamente nunca puede ser detectado a posteriori.

Preservar el carácter inalterable de un documento necesita conservarlo sin cambio en su contenido y su forma.

Para asegurar la inalterabilidad del documento y de su contenido (es decir, para preservar el sentido y el carácter auténtico del texto original), es necesario que el emisor y/o el receptor no puedan modificar el contenido del documento sin noticia de la otra parte (así, la modificación de un texto no entrañaría la modificación de la firma). Además, es necesario que un tercero no pueda interferir en las relaciones entre el emisor/receptor modificando el contenido del documento sin que las partes se enteren.

Diversas técnicas de autenticación de documentos permite garantizar la integridad de los datos.

- El documento debe resultar siempre legible gracias a un procedimiento apropiado.

Los documentos sobre papel cumplen directamente esta condición por el simple hecho de que están redactados en un lenguaje (vocabulario y gramática) y con una simbología gráfica (escritura) accesible a la comprensión humana. Ese no es el caso de las informaciones colectadas sobre soporte informático: las mismas están codificadas y no se encuentran, por lo tanto, en una forma legible. Es, por consecuencia, necesario poder recurrir a un intermediario "apropiado" que presentará los datos almacenados bajo una forma comprensible

por el hombre. Esta nueva fase impone diferentes manipulaciones de informaciones y presenta, en consecuencia, un peligro para la seguridad.

Pasado el momento de la conclusión de la transacción, la condición de legibilidad pone una segunda condición: ¿se puede garantizar que un soporte utilizado actualmente será siempre legible ulteriormente (teniendo en cuenta la evolución técnica) y cómo se podrá, además, asegurar el crecimiento de esta evolución en el seno de una implantación informática particular?.

- El documento debe estar bien identificado (nombre y dirección de los corresponsales) y el tiempo (fecha de redacción, de envío, de recepción...) perfectamente establecido.

La informática permite un control preciso de la fecha y hora de redacción, de envío o de lectura de un texto. Asegura también una identificación de los corresponsales.

- El documento debe ser estable.

Esta condición exige el examen de soporte físico del registro (cinta magnética, CD ROM, etc.) y de su eventual degradación en el curso del tiempo. Implica más aún el análisis de los métodos de rejuvenecimiento del soporte y reenvía por ello a la cuestión esencial de la fidelidad de los registros a los que quien se prevale de una prueba electrónica ha procedido. En otros términos, la estabilidad de los documentos llama a una reflexión, más sobre las garantías de perennidad del contenido y no del soporte borrado hoy y regenerado mañana ¹⁶.

III. El archivo electrónico o la "copia fiel"

10. La copia: del oprobio al reconocimiento

Tradicionalmente, la copia tiene mala prensa y el artículo 1334 del Código Civil Francés no hace más que traducir esta desconfianza cuando en presencia de copias permite siempre exigir el original ¹⁷. La débil calidad de las copias y los riesgos de manipulación durante la operación de transcripción justifican tal actitud.

Las seguridades técnicas y organizacionales que pueden rodear las operaciones de archivo electrónico abogan por un cambio de mentalidades. La distinción "original/copia" responde no solamente a las necesidades despertadas por el archivo, es decir la conservación al más largo término de los datos,

pero igualmente la exigencia de tener cuenta de la intrínseca volatilidad de los documentos electrónicos transcritos instantáneamente de una memoria a la otra por las necesidades de las transacciones o por las meras necesidades del sistema. En otros términos, en materia de documentos electrónicos, es difícil distinguir el original de la copia y el oprobio lanzado por algunas legislaciones sobre las copias levanta dificultades. La necesidad de reconocer a la copia "fiel" ¹⁸ la misma fuerza probatoria que el original responde a esta inquietud expresada por las empresas en sus relaciones, tanto con sus clientes y proveedores como con la administración pública. Si debe haber modificación legislativa, es a propósito del valor probatorio de los modos de conservación de las transacciones y no del modo de conclusión de las mismas.

La noción de copia está en consecuencia, a definir: "constituye una copia el documento reproducido sobre soportes de información provenientes del registro de un escrito bajo firma privada". Y el calificativo "fiel" también. Una copia se reputa fiel en tanto los originales hayan sido registrados según criterio de seguridad fijados por la autoridad, es decir criterios de integridad y en su caso, también de duración y confidencialidad.

11. La fidelidad de la copia llamada "electrónica" ¹⁹

Analizar el carácter "fiel" de la copia de un documento, es asimismo atender a los problemas relativos a los métodos de rejuvenecimiento de los soportes, a los medios de prolongación de la duración de vida de un soporte, a los defectos y calidades de los soportes papel o informáticos.

Nuestro propósito sobre ese punto se limitará a parafrasear los principios mismos de la recomendación del Consejo de Europa.

Los documentos conservados sobre el soporte de información deben satisfacer las condiciones siguientes:

a) constituir el registro fiel y durable del documento original al origen del registro por codificación o reproducción. Por registro vía reproducción, se entiende la conservación de un registro original a la vez en forma gráfica y en su contenido. Por registro vía codificación, se entiende la conservación de un documento original únicamente en su contenido. Se reputa durable toda representación indeleble del

original que entrañe una modificación irreversible del soporte. La misma es de orden físico cuando se efectúa a nivel del soporte físico del documento informático o lógico cuando tiene lugar a nivel de los métodos informáticos utilizados para representar el documento.

b) ser efectuadas en forma sistemática y sin laguna;

c) ser efectuadas según instrucciones de trabajo conservadas por tanto tiempo como las reproducciones o los registros;

d) ser conservadas con cuidado, en un orden sistemático, y hallarse protegidas contra toda alteración

Deben respetarse las siguientes reglas respecto de los registros del documento original:

a) los trabajos deben estar supervisados por el detector o depositario del documento o por la persona designada como responsable de la operación; ésta puede ser llamada a testimoniar acerca de la forma en que fueron efectuados los registros;

b) el registro debe permitir determinar el orden de reproducción y/o de codificación;

c) las diversas fases del registro deben operarse estrictamente según el esquema dispuesto para las instrucciones de trabajo contempladas en el inciso "c" del punto anterior;

d) el registro debe ser objeto de un procedimiento administrativo cuyo expediente se conserve junto con el registro. El mismo debe contener las siguientes indicaciones:

- identidad del operador responsable;
- naturaleza y tema de los documentos;
- lugar y fecha de la operación;
- eventuales defectos constatados durante el registro;
- declaración, firmada por el operador responsable, acerca de que los documentos fueron registrados de manera completa, regular y sin alteraciones; esta declaración puede ser objeto de un registro al fin de los documentos registrados;

e) el registro debe ser perfectamente legible por un medio apropiado y técnicamente satisfactorio; la fidelidad de la reproducción y/o de la codificación debe ser verificada antes de la destrucción del original;

f) el registro debe estar siempre disponible para consulta para las personas legalmente habilitadas a tener acceso a los datos sobre los que versan.

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

a) los sistemas deben poseer las seguridades necesarias para evitar una alteración de los registros;

b) los registros deben permitir restituir en todo instante las informaciones registradas bajo una forma directamente legible.

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

a) la documentación de programas, descripción de archivos y las instrucciones del programa deben ser directamente legibles y mantenerse cuidadosamente al día bajo la responsabilidad que tiene su guarda;

b) los documentos definidos en el inciso "a" del presente, deben ser conservados bajo una forma comunicable por tan largo tiempo como el registro se refiere.

Si por una razón cualquiera, los datos registrados son transferidos de un soporte informático a otro, la persona responsable debe demostrar su concordancia.

12. Conclusión del título I: Una equivalencia de principios: de la aserción a la realidad

Se trata de demostrar que los conceptos de escrito, de firma y de copia, son conceptos abiertos a la desmaterialización más o menos completa que constituyen los documentos y la firma electrónicas. La equivalencia de principios no conduce a una equivalencia legal si se reduce a la cuestión de si los modos de elaboración o de conservación de los documentos electrónicos responden en los hechos a las exigencias deducidas de la funcionalidad misma de los conceptos tradicionales del derecho de la prueba. Así, el escrito, tal como dijimos, es un soporte directamente legible. En otros términos, su contenido debe ser accesible a la comprensión humana y poder ser llevado al conocimiento de aquel contra el cual queremos oponerlo. Todo documento electrónico responde a este criterio. Así, se entiende que los únicos documentos que responderán a las exigencias funcionales del escrito serán los escritos. El mismo razonamiento vale para la firma y la copia fiel.

TITULO II: Un nuevo enfoque reglamentario de la prueba electrónica

13. Enfoque revolucionario o conservador - Derecho de la Prueba y Derecho de la Responsabilidad

A la pregunta: ¿Se debe modificar profundamente la legislación del Derecho de la Prueba para hacer entrar la realidad de los computadores y de la tecnología de la comunicación? La respuesta, en mi opinión, debe ser en gran parte, negativa. No se trata de revolucionar un derecho cuyos conceptos no solamente permiten acoger la nueva realidad, sino también impone a la misma a responder a calidades y exigencias deducidas de esos mismos conceptos. Sin duda, vislumbraremos ciertos complementos o fijaremos el modo de acompañamiento necesario para garantizar esta respuesta. Esto será objeto del punto I.

Más allá de que hay buenas razones para propiciar una evolución tranquila, la reglamentación reciente de transferencias electrónicas de fondos nos impulsa a una reflexión más esencial todavía, instituyendo reglas de responsabilidad a cargo de aquel que pone a disposición de otros herramientas para la conclusión de transacciones. El Derecho de la Responsabilidad palia ciertas lagunas del derecho tradicional de la prueba y tiene incidencias sobre el mismo. Ya se trate de un derecho o de otro, en todos los casos estamos hablando de proteger la expresión de la voluntad (Título I).

I. La reglamentación del Derecho de la Prueba

14. El rechazo de toda revolución

Negativamente, el título demuestra que los documentos electrónicos no son extraños a los conceptos tradicionales del Derecho de la Prueba. En otros términos, de manera alguna es necesaria una legislación introduciendo conceptos nuevos, sino por el contrario profundizar las prescripciones tradicionales respetando sus finalidades.

Positivamente, nuestro título proclama la equivalencia de principios entre los nuevos modos de prueba y los tradicionales, equivalencia de principio que excluye todo rechazo a priori por el juez, del documento electrónico.

1) Nos parece que frente a este último no se encuentra de manera justificada la posición del Consejo de Europa²⁰ que para abrir a la prueba electrónica el camino de los tribunales, recomienda la supresión en todos los países de la exigencia de un escrito. Al contrario, nuestra argumentación tiende a demostrar el interés de la utilización de los conceptos tradicionales del Derecho de la Prueba: esta utilización conduce a plantear algunas exigencias o "criterios" de admisibilidad del documento electrónico como escrito firmado o como copia fiel.

2) Nuestra crítica contempla igualmente las reformas luxemburguesas y francesas. Estas dos reformas se dirigen esencialmente a precisar los tipos de imposibilidad a los cuales el artículo 1348 del Código Civil Francés hace referencia. Es necesario recordar que el artículo 1348 tiene por efecto liberar al juez de la obligación que constituye el artículo 1341 del Código Civil cuando existió para las partes la imposibilidad de constituir un escrito. Como es todavía el caso en Bélgica, el texto original del artículo 1348 de los códigos civiles luxemburgueses y franceses, no precisa si la imposibilidad de procurarse la prueba escrita de una obligación es material o moral. Actualmente es cosa resuelta y la distinción operada permite disipar toda duda a ese respecto. La ausencia de prueba escrita derivada del uso de nuevos medios de transferencia de datos puede constituir una imposibilidad material y en consecuencia caer sobre el campo de aplicación del artículo 1348.

Esta reforma del artículo 1348 del Código Civil, nos parece lamentable por varios motivos. Es una lástima, en primer lugar, que la adaptación del Derecho de la Prueba a las nuevas tecnologías haya sido realizada por vía de esta excepción que dispensa de toda prueba escrita. Debe lamentarse, que toda extensión acordada al artículo 1348 tenga por efecto vaciar al artículo 1341 de su contenido y que un régimen de libertad probatoria, similar al que conocemos en materia comercial, haya sido instaurado de esta forma.

Nos parece además inaceptable que el uso de nuevas tecnologías entrañe la ausencia de prueba escrita. Cuando existe intercambio de datos, aún informatizados, existe un escrito o por lo menos, existe la posibilidad de constituir un escrito, no un escrito entendido en el sentido restrictivo del término, más bien un escrito en una perspectiva evolutiva. En fin, existe una contradicción lógica en admitir que la utilización de la informática constituye un caso de imposibilidad de procurar

un escrito. En el caso, la imposibilidad no existe, es en forma voluntaria que los actores -o más frecuentemente uno de los actores²¹, aquel que precisamente se prevale de la prueba electrónica- han decidido no recurrir en forma alguna al escrito papel.

19. Tomar en serio la reglamentación tradicional²²

La equivalencia de principio afirmada anteriormente conduce a una aplicación estricta de las normas sobre el Derecho de la Prueba. Pueden deducirse algunas consecuencias en el cuadro de nuestras leyes. Así, si se puede admitir que el documento electrónico debidamente autenticado es, en ciertos casos, un escrito bajo firma privada emanado de la persona a la cual se opone, este escrito en la medida en que no cumplirá con la formalidad del doble ejemplar, no tendrá el pleno valor probatorio del artículo 1325 del Código Civil sino el de un principio de prueba por escrito en el sentido del artículo 1347 del mismo código. Recordemos que la firma, sea manuscrita o sobre papel, puede ser objeto de un procedimiento en caso de decirse apócrifa ... el procedimiento versará sobre la falsificación del medio de reconocimiento o su usurpación por un tercero²³.

En fin, numerosas disposiciones particulares que imponen la forma escrita a ciertos contratos, como los contratos de crédito o de seguros, deberian poder (bajo reserva de los casos particulares donde la forma se impone con "ad solemnitatem"), ser concluidos por vía electrónica ...

Más allá de esta simple aplicación de la reglamentación tradicional, debe ser adoptada en nuestra opinión por las razones invocadas anteriormente, una legislación relativa a la "copia fiel" que en nuestro código debería, en forma natural, insertarse en el artículo 1334 del Código Civil que trata de la copia. Proponemos para ello el texto siguiente:

"Constituye una copia el documento reproducido sobre soporte de información proveniente del registro de un acto bajo firma privada".

"La regla anterior recibe excepción cuando una parte o su mandatario no ha conservado los originales y presenta copias realizadas a partir de esos originales bajo la responsabilidad de la persona que tiene la guarda de los mismos. Estas copias pueden tener el mismo valor probatorio que los actos bajo firma privada, de los cuales

las copias se presumen, salvo prueba contraria, ser una copia fiel cuando los originales hayan sido registrados según los criterios de seguridad fijados por el Rey".

20. Un llamado a la normalización

Si puede haber equivalencia, la misma puede ser condicional, subordinada a la prueba que el modo electrónico de conclusión o conservación de un documento responde a las exigencias funcionales indicadas anteriormente. El contenido de estas exigencias debe apreciarse a la luz de la evolución tecnológica y teniendo en cuenta las funcionalidades deducidas de todo concepto. No puede ser cuestión de definir una vez por todas en función de un estado dado de la tecnología la implicación concreta de cada una de estas funcionalidades. Así, la robustez de una firma puede suponer la utilización de métodos criptográficos siempre perfectibles y siempre más seguros.

Se concibe fácilmente, la dificultad para cada empresa o administración pública que desea prevalecerse de una prueba electrónica acerca de las pruebas de calidad así exigidas. En la materia, se desarrollará inevitablemente un movimiento en favor de la normalización en el seno de instituciones que sin ser obligatorias, representarán, no obstante, un estándar aceptable para los tribunales, bajo reserva de pericia decidida por estos últimos. La ventaja de tal normalización es su relativa ligereza. Estaremos, no obstante, atentos a la posibilidad y naturalmente que deberán ser llamados los representantes de los consumidores a participar en tal proceso de normalización.

Esta tendencia a la normalización, a la definición a priori de los estándares de calidad de programas y métodos que presidirán el establecimiento y la conservación de las convenciones, nos permite introducir lo que nosotros llamamos el deslizamiento del Derecho de la Prueba al Derecho de la Responsabilidad. En efecto, el debate de la prueba llevará frecuentemente a determinar si quien se prevalece de la prueba electrónica respetó las normas definidas. En caso de no haberlo hecho, de no haber tomado las precauciones necesaria será juzgado ... responsable y al mismo tiempo inhabilitado para prevalecerse de los medios de prueba invocados. Nuestro propósito es precisamente demostrar, siguiendo la reglamentación reciente en materia de transferencia electrónica de fondos, que la

cuestión de la responsabilidad puede, en último término, suplantar a la de la prueba.

21. De la prueba a la responsabilidad: los casos de las transferencias electrónicas de fondos

El propósito no es abordar aquí la cuestión de la responsabilidad del banquero a causa de los servicios electrónicos de pago²⁴ sino extraer de las reglamentaciones o jurisprudencias recientes en la materia, algunas ideas nuevas sobre la responsabilidad de quienes ofrecen servicios electrónicos de transacciones. Más aún, se trata de subrayar los vínculos entre esas obligaciones nuevas y el derecho de la prueba.

Sin ser exhaustivo, algunas ideas hay que tomar:

- la obligación del banquero de informar al usuario de medios electrónicos de pago los riesgos que corre por el hecho de la firma electrónica que detenta, y la de insistir sobre su deber de guarda y de no divulgación del código de acceso. Esta obligación está reconocida principalmente por la Recomendación Europea del 17 de Noviembre de 1988.

- la obligación del banquero desde que existe un desconocimiento de la firma, de implementar un sistema de oposición con efecto inmediato²⁵.

- finalmente, y sobre todo, en caso de discusión de la traza electrónica de la operación bancaria, la obligación del banquero según la Recomendación Europea²⁶ de probar que la operación fue correctamente efectuada y que no fue afectada por una falla técnica u otra deficiencia del sistema". Esta obligación puesta a cargo del banquero de probar la fiabilidad de sus registros demostrando la seguridad de su sistema de información²⁷ se enuncia de una manera más precisa todavía por el artículo 4 (A) de la Payment Act norteamericana que exige la organización por el banquero de procedimientos de seguridad razonables que permitan verificar el origen de los mensajes y detectar los errores que los afectan²⁸.

Esta última obligación se considera como "esencial". En otros términos, aún si la libertad contractual dispensara al banquero de las exigencias del derecho tradicional de la prueba, el mismo no podrá sustraerse a la demostración previa de la calidad de los modos de establecimiento y conservación de las pruebas electrónicas. Dicho de otra forma, el advenimiento de esta responsabilidad nueva pone a cargo del banquero una obligación de "prima facie proof", según la expresión bien conocida luego de la E.F.T. Act

norteamericana²⁹. Así, sin tocar el Derecho tradicional de la prueba, la jurisprudencia, la doctrina y ya también la reglamentación, imponen a aquel que, poniendo a la disposición del público servicios electrónicos de transacción, se prevalece de una prueba electrónica, una obligación de la que el mismo no puede separarse: la de probar la seguridad de su sistema. En otros términos, el Derecho de la Responsabilidad toma la posta del Derecho tradicional de la prueba.

Conclusiones

22. El lector que ha querido seguirnos hasta aquí, sacará con nosotros las consecuencias de un razonamiento que "se ajusta al Derecho de la Prueba, a sus principios, a sus finalidades"³⁰. Por mi parte y sin pretender ser exhaustivo, yo veo seis:

- El razonamiento toma en cuenta el desequilibrio fundamental que existe entre las dos partes de una transacción electrónica por el hecho de que una sola de estas dos partes organiza y controla los accesos, los almacenamientos, los procesos necesarios a la constitución o a la conservación de las pruebas. En efecto, es fundamental que aquel que se prevalece de un documento electrónico como prueba de una transacción sea cargado con la obligación de probar la seguridad del sistema, es decir, la fiabilidad, la integridad y la disponibilidad del mismo.

- A la prueba de la calidad del sistema, se añade en las relaciones entre comerciantes y consumidores para que la relación pueda ser considerada como la emanación de la voluntad de quien la utiliza, la obligación a cargo del propietario del sistema de que el usuario sea perfectamente informado acerca de las consecuencias de la utilización de un sistema y de los riesgos que se relacionan con esta utilización. Ciertamente, a la responsabilidad del propietario del sistema de informar al usuario, corresponde la obligación de este último de informarse acerca de sus consecuencias de la participación del sistema.

- La ejecución por el responsable del sistema de estas obligaciones debe impulsar al juez que deberá, sin duda, rodearse de expertos para reconocer, en su caso, como escrito firmado los documentos producidos por las redes electrónicas de comunicación de datos y para acordarles la admisibilidad y fuerza probatoria

que la ley asigna a ese escrito firmado, ni más ni menos.

- De esta forma, el razonamiento propuesto no introduce reglamentaciones de la prueba que resulten particulares a la informática. Supone simplemente que las nociones de escrito y de firma se definan independientemente del soporte material y con sola referencia a sus propias funcionalidades.

- El enfoque, proponiendo reglas legales generales con preferencia a una ley tecnológica particular, permite no relacionar con un estado de la técnica, la admisibilidad de los documentos electrónicos.

- En materia de archivo, prevalecerse de la conservación sobre un soporte electrónico obliga a demostrar que la operación se hizo conforme a las exigencias de fidelidad, de durabilidad y de irreversibilidad. Responsabilidad pesada, prueba difícil de aportar cuando se conocen los peligros de fraude y de atentado a la integridad de los documentos durante su archivo, de una transferencia de soporte, etc. Aquí igualmente, las normas reglamentarias adoptadas en ejecución de la ley permitirán a esta última conservar su carácter general y a las empresas beneficiarse por dichas normas reglamentarias con la seguridad jurídica necesaria a sus transacciones.

¿Que agregar todavía?

El debate: "Derecho de la Prueba y redes de comunicación de datos digitales" no hace más que comenzar: ayer fenómeno aislado, las transacciones por computador devendrán mañana el pan de cada día, tanto en las relaciones entre profesionales como en las convenciones entre particulares, particulares y profesionales, profesionales y administración pública. En un futuro inmediato, enviaremos nuestras declaraciones fiscales por computador y reservaremos por computador las plazas en los restaurantes y los billetes de avión. La solución del debate, no puede ser la consagración del hecho tecnológico. La misma llama a cada uno a tomar sus responsabilidades:

- a los usuarios de tales servicios, a tomar conciencia de la extensión de sus compromisos y a respetar las normas de seguridad razonables, que le son propuestas (por ejemplo, advertir sin tardanza en caso de pérdida de la tarjeta de acceso);

- a las empresas, informar a los usuarios de los riesgos ligados a la utilización de sistemas y

ofrecer sistemas de calidad, tanto para la producción como para la conservación de documentos electrónicos:
- a las administraciones públicas, a definir entre

Notas

¹ "En principio, las reglas sobre la preminencia de la prueba escrita, no interesan el orden público, las cuales pueden renunciar a invocarse y concluir sobre ese tema todas las convenciones" (P. VAN OMMESLAGHE, Les obligations, RCJB, 1975, No. 122, página 170). El principio de la libertad contractual en materia de prueba y el carácter no obligatorio de las disposiciones legales en la materia parece ser aceptado en la mayoría de los países europeos (a este respecto, M. ANTOINE y otros, pág. 50 y siguientes. Ver, no obstante, las discusiones en Grecia).

² Se conocen los considerandos de la célebre decisión del tribunal de Sete (9 de mayo de 1984, D.S. 1985, II, 359) revocado en apelaciones: "Que la prueba de obligación de reembolsar no puede resultar más que de la firma... que emana no de aquel a quien se opone, sino de una máquina de la cual la demandante tiene libre y entera disposición".

Siempre en Francia, la decisión del tribunal administrativo de Rennes del 28 de febrero de 1990 que estima que "la inscripción de un candidato a un concurso de reclutamiento por medio del Minitel no puede contemplarse como una intención que necesite verse confirmada por una manifestación no equívoca de voluntad".

³ "Es cierto que en este dominio, ciertos Estados miembros han sabido demostrar tolerancias administrativas (Bélgica), sea revisando su legislación de manera de admitir la organización de una contabilidad exclusivamente por medios informáticos así como la conservación de los documentos o las informaciones que sirven de soporte a esta contabilidad o a la declaración fiscal sobre soportes informáticos (Luxemburgo, Alemania), sea admitiendo una u otra de estas posibilidades dentro de los términos de acuerdos concertados con la Administración Pública (Italia)" (TEDIS, obra citada, pág. 254).

⁴ Así en Luxemburgo, en Bélgica, en Francia. Se notará que los regímenes donde domina el sistema de la prueba libre (así, los sistemas holandés e italiano, el de "Augenschein" en Alemania o el sistema de la prueba moral de Dinamarca o en los tres países citados en derecho comercial (no constituye una solución adecuada puesto que la prueba por documento emanado por computador, es como todo otro documento aceptable y corresponde al juez, con toda libertad, determinar la fuerza probatoria. Así, notamos una decisión de la corte de casación holandesa de 1987 (16/10/1987) por la cual los jueces consideraron que en el cuadro de la evaluación de la fuerza probatoria de registros magnéticos, se debe tener en cuenta el hecho de que los datos consignados pueden ser fácilmente manipulados.

⁵ Por ejemplo, las leyes de protección holandés, francesa y belga. A tomar en cuenta, el caso portugués

ellas, pero igualmente con las empresas y los ciudadanos nuevos modos de diálogo;
- a los jueces, a forjarse, con la ayuda de los peritos, su convicción íntima.

(art. 345 del código civil) que prohíbe las convenciones excluyendo los medios de prueba legales.

⁶ Ver la cláusula frecuente de las convenciones relativas a las tarjetas electrónicas bancarias: "el registro conservado por el Banco constituye un procedimiento probatorio obligatorio y suficiente".

⁷ Obra citada, pág. 64 y 65.

⁸ El estudio PROBAT, realizado por la Comisión europea, demuestra que estos tres conceptos se reconocen como fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos europeos aún si ciertos países (llamados de prueba "legal") les acuerdan un valor probatorio una fuerza obligatoria superiores que en otros.

⁹ Nuestras reflexiones relativas por una parte a la equivalencia de la firma electrónica y de la firma y, por otra parte, a la equivalencia del documento electrónico y el escrito se apoyan largamente sobre las reflexiones de M. ANTOINE y M. ELOY, obra citada, pág. 64 a 67 en particular.

¹⁰ Ver el cuadro elaborado por M. ANTOINE y M. ELOY, en M. ANTOINE y otros, obra citada, pág. 63.

¹¹ N. del T.: el autor se refiere al derecho de su país, Bélgica.

¹² Z.P.O. Punto 415 F.

¹³ Por "directamente legibles", se entiende que el sistema sea capaz de reproducir información casi instantáneamente y en una forma directamente legible.

¹⁴ Así, en particular la jurisprudencia francesa ya antigua, sobre el artículo 1347 del Código Napoleón, dice a propósito del principio de prueba por escrito, admite el registro sonoro, la fotografía, etc... Ver, en el mismo sentido, las doctrina y jurisprudencia holandesa, luxemburguesa, portuguesa e irlandesa (Ver TEDIS, obra citada, I. de LAMBERTERIE (editora), informe citado, Pág. 57).

¹⁵ Instrucción fiscal del 27 de diciembre de 1991, tomada en aplicación del artículo 47 de la ley de finanzas rectificativa. Sobre esta cuestión, Th. PIETTE-COUDOL, L'EDI et le droit, Edición Hermes, París, 1991.

¹⁶ En el mismo sentido, I. de LAMBERTERIE, La valeur probatoire des documents informatiques dans les pays de la CEE, RIDC, 1992, pág. 662: "Qué quiere decir "inalterable", "durable"? No se encuentra ninguna interpretación jurisprudencial de ese término y las definiciones propuestas no son equivalentes: para algunos inalterables quiere decir que no se puede modificar el documento, para otros quiere decir que no ha sido modificado".

¹⁷ Así, en España, en Grecia y en Portugal donde las copias deben ser autenticadas, en Holanda y en Bélgica donde deben ser certificadas.

¹⁸ Es el calificativo utilizado por las legislaciones francesa y luxemburguesa, cuando han deseado responder a la preocupación que nos estamos refiriendo.

¹⁹ M. ELOY (en M. ANTOINE y otros, en obra citada, pág. 141) propone el cuadro siguiente: para evaluar el nivel de seguridad global ofrecido por los diferentes medios de conservación de datos, calcula la fórmula SEGURIDAD = CONFIDENCIALIDAD + DURACION + INTEGRIDAD. Puede, en consecuencia, definir el soporte de la información ideal al nivel de seguridad como un soporte que posea una confidencialidad máxima, una duración de conservación ilimitada y una integridad perfecta.

²⁰ Recomendación No. R(81) 20 relativo a la armonización de legislación en materia de exigencia de un escrito y en materia de admisibilidad de reproducciones de documentos y de registros informáticos. La primer recomendación se refiere a la supresión en un caso máximo de un escrito como un medio de prueba...

²¹ Así, el banco en materia de transferencia electrónica de fondos

²² Ver sobre este punto el texto elaborado por el Centre de Recherche Informatique et Droit de Namur a petición del Ministerio Belga de Justicia y el informe hecho por M. ANTOINE y J-F BRAKELAND, Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information, Dossier, Nouvelles des Technologies de l'Information, Bruselas, No. 54 del 09.06.92

²³ El reconocimiento de la firma electrónica como firma debe permitir aplicarles las otras disposiciones relativas a la firma. Así, en el derecho Belga conviene subrayar que en virtud del artículo 1323 del Código Civil, aquel a quien se opone un acto bajo firma privada, está obligado a reconocer o negar formalmente su firma (o su escritura). En caso de negativa, la verificación se lleva a cabo por medio de un procedimiento judicial (artículo 1324 del Código Civil), conforme al artículo 883 y siguientes del Código Judicial.

²⁴ A este respecto, leer E. MEYSMANS X. THUNIS, La réglementation des cartes de credit en droit belge et en droit européen, en La nouvelle loi sur le credit a laconsommation, Bruselas, CREADIF, 1992, pág. 128

y siguientes.

²⁵ Ver el artículo 8.2 de la Recomendación.

²⁶ Ver el artículo 6.2 de la Recomendación.

²⁷ Ver igualmente la recomendación del reciente Jack Report inglés.

²⁸ La referencia a la noción de seguridad razonable supone una apreciación evolutiva. Aquí, igualmente notamos la referencia evidente a la normalización (ver supra No. 20).

²⁹ Sobre la E.F.T. Act, leer S. THUNIS y M. SCHAUS, Aspects juridiques du paiement par cartes, Cahiers du C.R.I.D. No. 1, Bruselas, Story-Scientia, pág. 35 y siguientes.

³⁰ Esta es la aspiración de Madame GALLOUEDEC-GENUYS, obra citada, pág. 59.

Abstract

The exigency of a document and a signature from the legislation originated in the French Civil Code is not a difficulty to the admittance, as a proof, of the computer registers if they have reliable and unalterable conditions as paper documents have. The law of liability, that generates obligations to the one that uses in his own benefit a data processing system and expose the users to particular risks is considered by the author like an essential fulfillment of the law of evidence. In opinion of the author it is not necessary to reform the law but to produce a creative interpretation of it for the admittance of the economic value of the computer registers.

Voces

Bélgica - Copia - Documento - EDI - EFT - Electrónico - Escrito - Firma - Francia - Prueba - Responsabilidad

Yves Pouillet es Director del C.R.I.D. y Decano de la Facultad de Derecho de Namur, Bélgica.

Ingeniería Jurídica para la EDI

por Antonio Millé

Quienes asesoramos legalmente en problemas vinculados con las modernas tecnologías, estamos acostumbrados a hacer frente a la dificultad de dirigirnos a un auditorio multidisciplinario. Durante esta exposición¹ tendré que hacer frente a ese desafío, por lo que requeriré indulgencia a los especialistas cuando deba recordar principios obvios para ellos en beneficio de sus pares con otra formación disciplinaria. El discurso que sigue estará dividido en un primer periodo en el que examinaremos sumariamente los problemas

jurídicos suscitados por la EDI (I), seguido de la propuesta de un modelo ideal de contrato entre socios comerciales para la EDI (II) y cerrado con algunas conclusiones (III).

I. Los Problemas Jurídicos Suscitados por la EDI

1. Introducción

Creo que resulta transparente para todos que la EDI no es otra cosa que una novedosa solución