

XVI. VALOR PROBATORIO DE LOS SOPORTES INFORMÁTICOS	115
A. Evolución del derecho de prueba	115
B. Algunas consideraciones sobre la prueba y la teoría general del proceso	116
C. Diferentes medios de prueba	116
D. La prueba documental en particular	117
E. Implicaciones probatorias de los soportes informáticos	118
F. Situación internacional	119
G. Situación nacional	120
Consideraciones finales	121

XVI. Valor probatorio de los soportes informáticos

A. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PRUEBA

La evolución del llamado derecho probatorio es acorde con el devenir de las doctrinas filosófico-políticas y también con la estructura particular de cada sociedad. Los diversos sistemas filosóficos predicados en las distintas etapas de la historia de la humanidad le han impreso su sello característico correspondiente al sistema probatorio. Sabemos bien que desde este punto de vista tenemos al individualismo grecorromano, el feudal, el derivado del capitalismo, así como del socialismo. A cada uno de ellos corresponde una determinada fisonomía probatoria procesal. Así, por ejemplo, la filosofía feudalista llevó su noción de clases sociales hasta la valoración de los testimonios, la filosofía católica trasladó sus principios a la confesión judicial y al juramento; con la Revolución francesa el rito procesal probatorio se democratizó y se impuso el convencimiento íntimo como sistema elevador de una prueba; el capitalismo de los Estados industrializados impuso más tarde la noción de la verdad formal y del sistema dispositivo el cual hace del juez un espectador pasivo del proceso. En alguna ocasión alguien dijo con fortuna que leyendo las normas legales reguladoras de la prueba judicial se deduce cuál es la filosofía que impera en un país determinado.¹²²

A dicha evolución habrá que mencionar que el desarrollo de las ciencias y de las técnicas ha contribuido, particularmente en el último siglo, a darle una nueva orientación a los sistemas probatorios. De esta manera, los avances de la psicología, de la lógica formal y la lógica dialéctica, por ejemplo, han orientado en este periodo la valoración de la prueba judicial. ¿Acaso la informática no constituye un factor de cambio respecto al fenómeno probatorio?

¹²² Extracto de la conferencia pronunciada por el Dr. Gustavo Rodríguez en el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal en Colombia, el 27 de noviembre de 1984.

B. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PRUEBA Y LA TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Sabemos que la teoría de la prueba se subordina a la teoría general del proceso, entendiendo por proceso el conjunto complejo de actos, provenientes del Estado, de las partes y de terceros ajenos a la relación sustancial. De esta manera, es menester mencionar el debate en materia probatoria sobre la unidad o diversidad de procesos, para plantear igualmente la existencia de diferentes pruebas (civil, laboral, contencioso, administrativa, etc.). Al respecto, es válido pensar que la prueba judicial es única cualquiera que sea el área jurisdiccional en que se utilice, ya que los principios universales que gobiernan el proceso son también los principios universales que orientan la prueba.

Por otra parte, la teoría de la prueba judicial no se contrae exclusivamente a la temática de la prueba procesal, sino que está referida a consideraciones extrapotenciales, a técnicas y a procedimientos. Se suscitan divergencias en cuanto a la mayor o menor utilización de ciertos medios de prueba en determinada rama de enjuiciamiento, por el criterio valorativo aplicable o por el orden a seguir en el procedimiento; sin embargo, los problemas de la prueba son los mismos en todos los procesos.

Sobre la noción de prueba se tiene hoy en día un concepto uniforme y generalizado. Las pruebas son hechos, surgen de la realidad extrajudicial, del orden natural de las cosas. Las pruebas son una creación del Derecho; su existencia y valor se toman de la realidad extrajudicial como fuentes (documento, testigo, cosa litigiosa, etcétera) y constituidas como medios (actuaciones judiciales, como la declaración de un testigo, por ejemplo).

C. DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA

De entre los principales medios de prueba habremos de destacar los siguientes:

a) Confesional. Es una declaración que contiene el reconocimiento de un hecho de consecuencias jurídicas desfavorables para el confesante.

b) Documental. También llamada literal, es la que se hace por medio de documentos en la forma previamente establecida en las leyes procesales.

c) Pericial. Se deriva de la apreciación de un hecho por parte de un observador con preparación especial, obtenida por el estudio de la materia a que se refiere o simplemente por la experiencia personal.

d) Testimonial. Dada por los testigos como aquellas personas que comunican al juez el conocimiento que poseen acerca de determinado hecho (o hechos) cuyo esclarecimiento interesa para la decisión de un proceso.

e) Inspección judicial. Consiste en un examen directo por el juez de la cosa mueble o inmueble sobre la cual recae un litigio para formar su convicción

sobre el estado o situación en que se encuentra (ésta se puede manifestar fuera o dentro del juzgado).

f) *Fama pública*. Estado de opinión sobre un hecho que se prueba mediante el testimonio de personas que la ley considera hábiles para este efecto.

g) *Presunciones*. Aquellas operaciones lógicas mediante las cuales, partiendo de un hecho conocido, se llega a la aceptación como existente de otro desconocido o incierto.

D. LA PRUEBA DOCUMENTAL EN PARTICULAR

Si bien es cierto que la mayoría de los medios de prueba anteriormente enunciados pueden interrelacionarse con las computadoras, es la prueba documental la que, en última instancia, guarda un vínculo más estrecho en cuanto que los soportes magnéticos puedan constar a manera de documento.

*El documento en sentido amplio es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento.*¹²³ De esta manera, los documentos escritos no son, por lo tanto, la única manifestación de la prueba documental, de tal suerte que fotografías, copias fotostáticas, registros, etcétera, pueden constituir, en última instancia, variedades de la prueba documental.

La idoneidad de estos documentos para perpetuar hechos pasados (que en algunos casos pueden constituir una prueba extraordinariamente pertinente) es indiscutible.

Los documentos escritos se suelen dividir en públicos y privados.

Los primeros son otorgados por autoridades o funcionarios públicos dentro de los límites de sus atribuciones o por personas investidas de fe pública dentro del ámbito de su competencia en forma legal; éstos pueden ser notariales, administrativos, judiciales y mercantiles y su naturaleza depende de su origen. Por otra parte, tenemos a los documentos privados que son aquellos en que se consigna alguna disposición o convenio por personas particulares, sin la intervención del escribano ni de otro funcionario que ejerza cargo por autoridad pública, o bien con la intervención de estos últimos pero sobre actos que no se refieren al ejercicio de sus funciones.

En cuanto al valor y eficacia de estas pruebas, tenemos que las actuaciones judiciales hacen prueba plena¹²⁴ y los privados sólo lo harán contra su autor cuando fueren reconocidos legalmente.¹²⁵

¹²³ Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, t. II, p. 334.

¹²⁴ Artículos 411 y 413 del Código Federal de Procedimientos Civiles, D. F.

¹²⁵ Artículo 414 del Código Federal de Procedimientos Civiles, D. F.

E. IMPLICACIONES PROBATORIAS DE LOS SOPORTES INFORMÁTICOS

Sabemos que en la actualidad los sectores esenciales de actividad tanto a nivel público como privado están sujetos, en la práctica de sus asuntos y en razón de su clientela o naturaleza de sus actividades, a reglas judiciales de prueba (independientemente de la jurisprudencia de que se trate) como serían la redacción y firma de escritos.

Por otra parte, el creciente aumento en el volumen y complejidad de las actividades a realizar han provocado que manifestaciones, tales como la elaboración de documentos escritos, se vean total o parcialmente modificados en función de razones de orden práctico por otro tipo de soportes derivados de la evolución misma de la tecnología, mejor adaptados a las estrategias de gestión moderna. De este modo tenemos a la informática, la microfilmación, archivos magnéticos, etcétera. Sin embargo, en la mayoría de las ocasiones este tipo de prácticas no tienen en cuenta a las disposiciones legales y estas últimas, a su vez, no consideran consignas específicas en torno a estos soportes.

Consideremos, por ejemplo, los soportes informáticos que figuran actualmente a través de documentos tales como facturas, cheques, letras de cambio, pagarés, etcétera, realizados por medios computarizados, los cuales, no obstante ser cada vez más comunes, están enfrentando serias dificultades ya no tan sólo para ser valorados por los jueces sino siquiera aceptados ante los órganos jurisdiccionales respectivos, discutiendo su originalidad, la estabilidad del contenido de compromisos que supone un soporte inalterable, y aun la misma identificación del autor por medio de la firma, ya que muchos documentos al venir ya impresos con la firma permiten dudar de su identidad y la voluntad de compromiso.

Bajo estas consideraciones, no podemos soslayar que el fenómeno de informatización ha provocado un giro en cuanto a los escritos bajo su forma tradicional, lo cual altera el funcionamiento normal de las reglas formalistas del derecho de la prueba.

La redacción de un escrito firmado es una regla de prudencia para todos los convenios importantes: una prueba literal está aquí “preparada” para toda impugnación eventual. Sin embargo, este tipo de prueba no tiene cabida dentro de la lógica de informatización que tiende a simplificar los compromisos repetitivos que no dan lugar a la redacción de un escrito (por ejemplo, órdenes de giro transmitidas por computadora), así como a fijar la información sobre tipos de soportes más o menos alejados de los escritos tradicionales y difícilmente “asimilables” por el derecho clásico de la prueba, como es el caso de listados, bandas magnéticas, cintas magnéticas, microfichas, etcétera.

Que la manifestación de actos no existe o que éstos no guardan conformidad a los ordenamientos jurídicos, el derecho de prueba se halla frente a un

enorme desafío generado por el desarrollo informático, superior a cualquier otro presentado hasta estos momentos por la tecnología moderna.

F. SITUACIÓN INTERNACIONAL

En los países en los que el nivel de informatización ha llegado a niveles considerables, el problema del valor probatorio de los soportes informáticos ha adquirido matices importantes; sin embargo, cabe mencionar que en países como Estados Unidos, Gran Bretaña, Alemania y los países nórdicos en los cuales predomina el principio de la libertad de prueba (que consiste en otorgar libertad a los juzgadores para determinar los medios de prueba, su eficacia probatoria y la manera de producirlos) el problema no llega a ser tan profundo como en aquellos países como, por ejemplo, Francia, Bélgica e Italia, fieles al principio de la exigencia legal de la prueba escrita. A pesar de ello, tenemos que en la Gran Bretaña, Australia, Alemania, Austria, Suiza, Suecia y Francia se ha dado lugar a modificaciones que atribuyen una buena acogida a otro tipo de medios de prueba fundamentalmente derivados por la aparición de nuevas técnicas.

Veamos por ejemplo el caso de Francia, en que se dio una reforma legislativa relativamente reciente y que se refiere a la aceptación y valoración de los medios de prueba.

Entre otras cosas, nuevas reglas permiten a las compañías de seguros, bancos, sociedades de crédito y todas aquellas instituciones que requieren archivar numerosos documentos contractuales, de poderlos reemplazar por copias que tengan las calidades de "durabilidad" y de "fidelidad al original", como sería por ejemplo el uso de microfichas, siempre que no sean susceptibles de modificaciones a nivel de borraduras o enmendaduras.

Asimismo, se resuelven de manera implícita los problemas suscitados por la generalización del uso del fax, en la que los originales quedan en manos de los titulares mientras que las copias, siendo más alterables, pueden aportarse a niveles contenciosos o también aquellos provocados por la introducción de soportes irreversibles tratables por computadora. A este respecto, en caso de litigio, corresponde a aquel que produce una copia el satisfacer las exigencias legales del caso.

Otra de las reformas versa en cuanto a la *no* convalidación de soportes magnéticos como prueba, esto es, que al igual que las copias de calidad insuficiente, los soportes magnéticos no se ven reconocidos en cuanto a su valor probatorio; sin embargo, éstos pueden valer hasta ahora como si se tratara de elementos de una prueba escrita, esto más que nada les atribuye un carácter complementario, aunque ello esté sujeto a las valoraciones propiamente realizadas por el juez, quien sin un apoyo técnico no permite pensar en una ponderación pertinente.

También se menciona la aceptación de nuevos modos de firma, así como la teletransmisión de documentos por digitalización y criptografía.

Estas innovaciones jurídicas en Francia, así como aquellas surgidas en la Gran Bretaña, en su Ley de Evidencia Civil de 1968, cuya 5a. sección está consagrada a la informática, o la Ley de Enmienda sobre la Evidencia australiana de 1972, que aun entrando en detalles técnicos como la descripción de los *outputs*, por ejemplo, y que considera a la informática como un derecho de prueba eficaz (sección 14), demuestran la preocupación de algunas naciones, siempre conscientes de la necesaria y continua actualización de dichos textos, de adaptar los ordenamientos legales, en este caso en materia en prueba, respecto a los cambios provocados por el incontenible avance de la tecnología informática.

G. SITUACIÓN NACIONAL

En nuestro derecho, si bien anteriormente el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles enumeraba los diferentes medios de prueba, en la actualidad su redacción ha cambiado al expresar que “son admisibles como medios de prueba aquellos elementos que puedan producir convicción en el ánimo del juzgador acerca de los hechos controvertidos o dudosos”.

En artículos posteriores aborda cada una de las principales pruebas como es el caso de la confesional (Arts. 308 a 326), la instrumental o documental (Arts. 327 a 345), la pericial (Arts. 346 a 353), el reconocimiento o inspección judicial (Art. 354), la testimonial (Art. 372), las fotografías, copias fotostáticas y demás elementos (Art. 373).

Lo cierto es que en éstos y otros preceptos sobre la prueba,¹²⁶ salvo en el caso de la ley del Mercado de Valores en sus capítulos relativos al contrato de intermediación bursátil e informatización,¹²⁷ no se contienen alusiones específicas al valor probatorio que pudieran llegar a atribuirse a los soportes informáticos, por lo que reviste dificultades al tratar de aplicarlos *in extenso* frente al problema, por lo que es menester contemplar las modificaciones del caso, ya que no es posible (y mucho menos aún a los principios de impartición de la justicia) postergar este proceso pretextando la nada excusable inadecuación de las leyes.

¹²⁶ El Código Federal de Procedimientos Civiles reconoce los mismos medios de prueba que el D. F. Por otra parte, la Ley de Amparo admite toda clase de pruebas (?), excepto las que fueren contra la moral y el derecho (Art. 150). El Código de Comercio en su artículo 1205 reconoce los medios de prueba y, por último, la Ley Federal del Trabajo en diferentes artículos reconoce como admisibles todas las pruebas comúnmente utilizables en la jurisdicción civil común.

¹²⁷ Ver anexo respectivo.

Consideraciones finales

Sin duda alguna, el Derecho Informático se ha constituido en nuestro tiempo en un desafío permanente, al exigir una adecuación a los nuevos fenómenos que la vida social va presentando de manera que se encuentre preparada la sociedad a insertarlos dentro de sus ámbitos de conocimiento y acción.

En esta avasalladora era de la informática, dicho desafío adquiere connotaciones técnicas y jurídicas muy significativas, como son la necesaria integración del jurista y otros profesionistas en ámbitos transdisciplinarios, una revitalización y, en su caso, creación de instituciones jurídicas que preserven la justicia y el bien común, así como una actualización del valor certeza jurídica, ya que el enfoque tradicionalista apunta a la inmutabilidad del orden jurídico basado en la ficción de que las normas son conocidas por todos, y ante la gran diversificación de conocimientos, nada mejor que el adecuado uso de la informática que atenúe, entre otras cosas, el inexorable aforismo que pregonaba que “la ignorancia de la ley no exime su cumplimiento...”.