

EL VALOR PROBATORIO DE LOS MODERNOS SOPORTES DE LA INFORMACION

Por **FRANÇOISE CHAMOUX**

Doctora en Derecho Mercantil. Centro de Investigación
y Estudios del Derecho y la Informática, París

JEAN PIERRE CHAMOUX

Doctor Ingeniero. Centro de Investigación
y Estudios del Derecho y la Informática, París

SUMARIO

El derecho francés se encuentra encajonado entre el principio de la prueba escrita y el desarrollo de los nuevos soportes de información. Suavizando el principio, la Ley de 12 de julio de 1980 ha mejorado la situación, pero ha confirmado la regla. La cuestión sigue planteándose: ¿Cómo garantizar un «valor probatorio» a las técnicas modernas de gestión? Los soportes informáticos, magnéticos, ópticos, que proliferan, ¿tienen una fuerza probatoria? ¿Nos dirigimos hacia un nuevo derecho de la prueba o por el contrario permanecemos fieles a nuestra tradición del Código Civil?

Por la palabra «prueba», hay que entender: las disposiciones que hay que tomar para ponerse en una situación favorable en caso de diferencias con la otra parte en un contrato o con el deudor en una obligación. Esto es válido en todos los casos: bien cuando se trate de una instancia judicial, bien cuando se llegue a un arreglo amistoso; la mejor prueba decidirá. Es por lo tanto importante irse procurando pruebas conforme los asuntos se vayan desarrollando; hay que conservar las pruebas bajo una forma duradera y creíble. Pero, ¿debemos seguir conservando estas pruebas por escrito, o bien podemos considerar que la prueba puede presentarse bajo otra forma, con otro soporte mejor adaptado a los métodos modernos de gestión?

Esta es la pregunta que vamos a intentar responder. Después de definir el valor probatorio de los diferentes soportes (papel, soportes informáticos, mi-

croformas...), examinaremos más detalladamente los soportes de la contabilidad. Y, para terminar, abordaremos los problemas de las pruebas ligados al carácter confidencial de los datos y a su transmisión.

El principio de la prueba escrita

Este principio del derecho civil no debería aplicarse a los comerciantes cuyas relaciones hayan estado siempre exentas de obligaciones jurídicas formales. Sin embargo, cuando un particular se enfrenta al comerciante, volvemos a las normas del derecho civil tanto en materia de prueba como de contrato. Este último es el caso de los bancos, de las compañías de seguros y de todo el sector de distribución. Por lo tanto, es necesario situarse en el contexto de la prueba civil. Pero, ¿cuáles son sus normas?

Es la obligación de redactar un documento que responda a las definiciones del Código Civil, es decir, firmado a mano por el que se compromete.

Estas normas han sido concebidas para poder arbitrar las diferencias que puedan existir entre los particulares. Desde el momento en que quieran ser aplicadas al mundo de los negocios, ya no pueden seguir cumpliendo correctamente su papel (1).

Las empresas utilizan, efectivamente, técnicas de gestión que a menudo son incompatibles con la producción de un original firmado, a causa del tiempo que haría falta cuando se trate de actos repetitivos. Presenciamos incluso la desaparición total del registro en papel en algunas transacciones bancarias (algunas terminales de los puntos de venta). Y basta con citar la experiencia teletel para tener una idea de lo que nos espera en un futuro inmediato. Una orden transmitida desde el domicilio a través de la televisión o del teléfono podía ser pagada inmediatamente inscribiendo el número de la tarjeta de crédito en el teclado del terminal.

¿Cuál será la prueba del consentimiento del interesado? Si ya no hay ni documento ni firma, no hay prueba, en términos del derecho civil tradicional.

Consciente de esta inadecuación del derecho a las realidades económicas, el legislador francés intentó reformar la prueba mediante la Ley de 12 de julio de 1980. Desgraciadamente, no se atrevió a cambiar radicalmente nuestras normas ancestrales que exigen el escrito original y firmado y lo sitúan por encima de cualquier otra prueba.

En principio es, pues, necesaria siempre una prueba escrita de todo contrato, todo acuerdo, toda negociación.

En el caso de que no se produzca un contencioso, el Código Civil impone al juez la obligación de exigir un escrito firmado.

Felizmente, hay cierto número de excepciones a esta norma draconiana. El objetivo de las excepciones es liberar al juez de toda restricción legal y permitirle apreciar libremente las pruebas que le son presentadas. Cuando el juez estima que las excepciones previstas por el Código tienen lugar en la práctica, ya no está obligado a seguir las exigencias de la ley en lo que respecta a la naturaleza y a la forma de la prueba. Decide por sí mismo si debe aceptar o rechazar las pruebas que se le presentan.

El principal efecto que ha tenido la Ley de 12 de julio de 1980 ha sido extender las excepciones. La prueba será a partir de ese momento libre: cuando el valor del contrato, o el montante del acuerdo sea inferior a 5.000 francos, o cuando una de las partes «no haya tenido la posibilidad material» de procurarse una prueba escrita o, también, cuando el escrito original haya sido reemplazado por una copia fiel y duradera (2).

Una orden por teletel podría probablemente encasillarse en la segunda excepción citada, que hace referencia al artículo 1.348 del Código Civil: «Cuando una parte no haya tenido la posibilidad material» de redactar un escrito. En nuestra opinión, hay grandes posibilidades de que esta excepción a la norma de lo escrito sea empleada cada vez que nos encontremos en presencia de transacciones desmaterializadas. Es éste el único medio de adaptar nuestro derecho a las prácticas existentes. En el caso contrario, si no se recurriera a esta excepción, todas las transacciones desmaterializadas que hicieran intervenir a un particular se verían tratadas como si fueran los parias del derecho contractual: a pesar de su legalidad incontestada, no podrían ser probadas.

¿Cuál es el valor probatorio de los nuevos soportes de la información?

Tratándose de soportes informáticos o de microformas, se buscará en vano dentro de la legislación francesa una referencia a alguno de estos procesos. Así es, a diferencia de Gran Bretaña, Alemania Federal, Austria, Suecia, Suiza, que mencionan estas nuevas técnicas en sus legislaciones (3), Francia ha preferido siempre recurrir a nociones

suficientemente amplias para que el progreso técnico no corra el riesgo de dejar rápidamente caducos los textos promulgados.

Determinar cuáles sean los soportes probatorios implica, pues, llevar a cabo una interpretación o una extrapolación de los textos. Es lo que proponemos hacer con los soportes informáticos.

Los soportes informáticos

Por regla general, no tienen el valor de un «escrito» porque falta el elemento esencial que constituye la firma manuscrita.

Por lo tanto, los soportes informáticos no pueden ser admitidos de entrada como prueba, salvo si se puede recurrir a alguna de las excepciones de la prueba escrita y si el juez es entonces totalmente libre de apreciar la prueba.

En ausencia de precedentes, es probable que la definición dada al artículo 1.348 del Código Civil (modificación surgida de la Ley de 12 de julio de 1980) constituya para el juez una orientación acerca de lo que hay que considerar como un soporte fiable. Esta definición concierne a las copias, pero puede ser fácilmente ampliada a un ámbito mayor y transformarse así en una de las garantías elementales que deberá tener un soporte para ser probatorio. «Será considerada duradera toda reproducción indeleble del original que no entrañe una modificación irreversible del soporte.» La idea de modificación irreversible del soporte debe ser asociada a la noción de inscripción indeleble de la información, ya que la reunión de estos dos elementos hace un soporte apto para la conservación de la información y le brinda todas sus posibilidades frente al juez.

En todos los casos, en los que el juez puede apreciar la prueba, lo más importante es ante todo convencerle. Para ello, es evidente que hay que intentar presentar la mejor prueba posible, la que inspire mayor confianza. El resultado de un proceso depende siempre de las pruebas que se presenten. Así, tratándose de documentos o de libros de contabilidad, de correspondencia o de contratos, se debe conservar un testimonio sobre un soporte aceptable por los jueces. Este hecho nos conduce a examinar los diferentes soportes de información que se utilizan actualmente en el mundo de los negocios.

Para apreciar la fiabilidad de un soporte, es importante situarse siempre en la óptica de una reclamación ulterior. Es evidente que entre dos informaciones contradictorias y en ausencia de medios para verificarlas, se preferirá acreditar la que no ha podido ser modificada entre

el momento en el que se llevó a cabo el acuerdo y el momento en el que apareció el litigio.

Sólo podrá ser tenido en cuenta el soporte que dé a la información esta garantía de integridad. Se debe tener la certeza de que la información no ha podido ser modificada desde su inscripción. Esto excluye todos los soportes que estén hechos para ser utilizados varias veces. Es útil precisar que, evidentemente, una banda magnética no responde a estos criterios. Es reutilizable por naturaleza.

¿Y qué ocurre con los soportes ópticos?

En lo que respecta a los registros de imágenes codificadas del tipo videodisco, la inscripción mediante las técnicas actualmente conocidas corresponde a una alteración física del soporte, que es por hipótesis irreversible.

En cuanto a los registros de imágenes en soporte sensible obtenidos con todas las variantes del procedimiento fotográfico, tendrán un valor probatorio sólo en la medida en que el soporte sensible guarde, una vez revelado, una imagen definitiva e irreversible. En este sentido, las emulsiones de plata parecen reunir todas las garantías de fiabilidad.

En lo que respecta a la banda perforada sobre papel, responde de manera incontestable a la noción de inscripción indeleble de la información (implica, pues, una modificación irreversible del soporte), ya que es evidente que una perforación es definitiva y no puede ser suprimida.

El microfilme COM

Debemos primero resaltar el hecho de que el microfilme COM está producido a partir de un tratamiento informático. No debe ser asimilado a los microfilmes elásticos que reproducen un documento sobre papel. Como ya hemos precisado en múltiples ocasiones (4), el microfilme, producido como salida de ordenador, no debe ser asimilado a una copia. Como nadie contesta el carácter «original» de un estado sobre papel saliendo de la impresora, no vemos por qué la edición sobre filme habrá de tener un estatuto diferente.

Por ello, el COM debe ser considerado como un documento original *sui generis*. Adoptaremos la definición del carácter duradero de una información. Una de las condiciones que se le debería exigir a un soporte sensible, para que tenga un valor probatorio, es su modificación definitiva desde el momento en el que queda impresionado. Un

COM diazoico, por ejemplo, no se adapta a esta definición. Por el contrario, un microfilme COM argéntico responde a este criterio de «modificación irreversible del soporte».

La interpretación del nuevo artículo 1.348 del Código Civil permite dar un valor probatorio al microfilme COM. Según el artículo 1.347 del Código Civil, se podría también sostener que este microfilme «original» producido como salida del ordenador es admisible como «principio de prueba».

¿Qué soportes hay que escoger?

En una empresa, los documentos son de varios tipos: tenemos los que únicamente juegan un papel de información; los documentos internos de la empresa (desprovistos de valor contractual) y por fin los documentos contables, según una interpretación elástica del Código de Comercio, es decir: los elementos contables, los libros de contabilidad y la correspondencia, que incluye los contratos.

Para la primera y la segunda categoría de documentos, la elección del soporte debe hacerse según la iniciativa de la empresa, en la medida en que no existe ningún texto que reglamente estas dos categorías. Sin embargo, para los documentos de la contabilidad cuya forma está impuesta por el Código de Comercio, es diferente. Así, los elementos contables, la correspondencia recibida, los contratos, deben permanecer bajo su forma original salvo que sean reemplazados por un microfilme de seguridad, como lo permite la reforma de julio de 1980 (2).

De todos los documentos de la contabilidad hay que citar las copias de la correspondencia enviada que, por su parte, no plantean ningún problema y pueden estar indiferentemente bajo la forma de cualquier soporte, puesto que lo importante es el original enviado al tercero.

Para terminar, los artículos 9 y 10 del Código de Comercio imponen la obligación de tener dos libros: el libro diario y el libro de inventario. Estos libros, forzosamente encuadrados y rubricados deberán, por ahora, conservar su forma original (5).

En efecto, nunca se señalará con la suficiente fuerza la ficción que constituye el libro diario cuando la contabilidad es llevada por medios informáticos. Por otra parte, es sabido que este libro no basta para garantizar que las cuentas no serán retocadas a posteriori, puesto que es muy fácil hacer legalizar y rubricar varios libros para el mismo período. Felizmente, parece que los magistrados de las jurisdicciones comerciales hacen gala de una gran comprensión con respecto a este viejo formalismo (6).

En lo que respecta a los demás libros de la empresa, no hay ninguna objeción para que tenga otro soporte que el papel, en la medida en que su forma no está precisada. Por ejemplo, el libro de pagos puede tener la forma de un microfilme COM.

Seguridad y valor probatorio de las transacciones llevadas a cabo a través de las redes telemáticas

Las redes telemáticas ofrecen, hay que reconocerlo, pocas garantías jurídicas (7). Las partes ya no están presentes, la firma desaparece, intermediarios indispensables se interponen en las transacciones. Las reglas clásicas de la prueba no encuentran ya la manera de ser aplicadas. Las soluciones que se pueden entrever pasan por el desarrollo de seguridades técnicas de la red, de los terminales y de los sistemas informáticos en general. Probablemente haya que desarrollar nuevos métodos de identificación y de certificación.

La nueva dimensión que ha creado la red hace que sea indispensable examinar los problemas de prueba bajo tres aspectos:

- Existencia de la transacción.
- Identificación de las «partes» concernidas por la transacción.
- Autenticación del objeto o del contenido de la transacción.

Prueba de la existencia de la transacción

En algunos casos, para presentar una prueba de que una transacción ha tenido lugar efectivamente, puede ser suficiente precisar la fecha y la hora de ésta. Se trata, evidentemente, de un nivel mínimo de prueba.

Tratemos, por ejemplo, el caso de los terminales de facsímil que funcionan indistintamente en recepción y en modo local (fotocopia). Este es actualmente el caso de los terminales disponibles en el mercado. En las redes de facsímil, será de la mayor importancia poder demostrar que un abonado ha recibido efectivamente una llamada en una fecha y a una hora determinadas. Sin embargo, esta información no tendrá interés más que si el terminal inscribe en el momento de la impresión la fecha y la hora de un modo no falsificable. En estas hipótesis, aunque no sea posible demostrar la identidad del que efectuó la llamada, se podrá al menos excluir la eventualidad del documento fabricado localmente.

Identificación de las partes

Se trata de asegurarse de la identidad de las personas en cada extremo de la red. Por otra parte, se puede precisar más esta noción distinguiendo la identificación de la línea, del terminal, del abonado o del operador. Si tomamos la identificación del terminal, se realiza de un modo sencillo mediante la emisión de un indicativo. Sin embargo, este método no parece aportarnos, en lo que respecta a la prueba, elementos muy interesantes. La identificación del terminal no dice nada de la persona que ejecuta la transacción, ni siquiera del lugar de la emisión, puesto que un terminal está concebido para poder ser transportado.

Identificación del usuario de un servicio

Esta identificación puede ser, por ejemplo, realizada mediante el número del cliente, el número de abonado o mediante un código secreto. Puede tener por objeto verificar que la persona que efectúa la transacción está habilitada para ello, o bien que el destinatario de un mensaje es el correcto. Un proceso de identificación recíproca existe, por ejemplo, en la red SWIFT antes de la emisión de cualquier mensaje: el objetivo de esta identificación no es conocer la identidad del operador, persona física, sino verificar que él está correctamente habilitado por el banco destinatario o expedidor para efectuar la transacción. Esta identificación del usuario adquiere pleno sentido a la luz de la ley informática y libertades que prevé en su artículo 29 que el poseedor de datos confidenciales relativos a algún individuo es «responsable del uso que se haga de estos datos» y que debe asegurarse que no puedan ser comunicados a «terceros no autorizados» (8).

Oficialmente, la Comisión «Informática y Libertades» no ha tomado ninguna postura en lo que respecta a la interpretación que se le debe dar a este artículo 29. La práctica actual tiende a considerar que los «terceros autorizados» son los destinatarios indicados en el inventario CNIL, que toda empresa debe rellenar cuando posea un fichero informático. Se trataría, pues, de los terceros declarados en la Comisión «Informática y Libertades». Fuera de éstos, la comunicación sería ilegal. La definición del «tercero autorizado» plantea realmente un problema, porque es difícil imaginar al organismo propietario del fichero enviando a la Comisión «Informática y Libertades» una lista exhaustiva completada día a día de las empresas a las cuales haya comunicado direcciones. Lo que importa no es tanto conocer el nom-

bre de los destinatarios como saber que el fichero puede ser cedido y poder identificar al beneficiario de las informaciones (9).

Identificación de la persona física

Evidentemente, este nivel constituye el último peldaño de la identificación de las partes. Puede ser requerido en algunas aplicaciones: por ejemplo, sería el caso de consultas a distancia de ficheros confidenciales relativos a personas físicas. Esta identificación de la persona podría igualmente ser necesaria en las aplicaciones bancarias, ya se trate de terminales de venta o bien de cajeros automáticos bancarios.

Los métodos de identificación que se emplean normalmente hoy en día son los métodos de la contraseña, el código secreto o la respuesta a una pregunta confidencial. Estos métodos identifican a un cliente o un abonado, pero no a la persona física que efectúa la operación. Por otra parte, algunas aplicaciones requerirán los dos tipos de identificación: una que concierna, por ejemplo, al cliente que paga la suscripción y otra que se refiera a la persona que efectúa realmente la operación.

Una identificación de este tipo requiere conocer a distancia una característica física del individuo. Hoy en día existen numerosas ideas al respecto, pero ninguna alcanza el nivel del desarrollo industrial.

Autenticación del contenido y de la forma

Probar la existencia de la transacción y la identidad de las personas entre las cuales ésta ha tenido lugar no es siempre suficiente. En el caso de las operaciones en el cajero automático de los bancos será necesario probar el importe de los billetes retirados o de la transferencia realizada de cuenta a cuenta.

Aparte de los métodos de cifrado, que se utilizan muy poco, no conocemos ninguna realización operacional y fiable en el campo de la autenticación (9).

Conclusión

Acabamos de ver que a pesar de la Ley de 12 de julio de 1980, cuyo objetivo era adoptar las normas en materia de prueba, el derecho francés no ha asimilado todavía de un modo total las técnicas modernas de gestión. Sin embargo, se ha dado ya un primer paso, disponiéndose de una definición de la copia considerada fiable. Del mismo modo, todas las técnicas de transcripción pueden ya situarse respecto

de la definición dada por el legislador; ahora son los profesionales del sector los que deben desarrollar sus procedimientos en función de la definición dada, en la medida en que quieren realizar copias de sustitución con valor probatorio.

Dejando aparte el caso de la copia «fiel y duradera», el legislador no ha recogido el valor probatorio de otros nuevos soportes de información; pero, por el contrario, ha dado a los jueces el poder y los medios de aceptarlos en un gran número de casos.

Y por fin, la definición del soporte duradero dada a propósito de la copia será muy probablemente aplicada con rapidez a todos los soportes de información.

Es muy probable también que la exigencia de «una inscripción indeleble que provoque una transformación definitiva del soporte» sea pronto considerada como una exigencia mínima para que un soporte cualquiera pueda tener un valor probatorio.

¿Conducirán las vías abiertas por la Ley de 12 de julio de 1980 a una destrucción del sistema de la prueba escrita? Los profesionales viven en una gran incertidumbre. La jurisprudencia tendrá de nuevo la oportunidad de permitir la adaptación del derecho a la vida moderna.

Copyright

Centre de Recherche et d'Etudes en Droit et en Informatique (Centro de Investigación y Estudios del Derecho y la Informática),
París, 1983.

REFERENCIAS

- (1) Véase F. CHAMOIX: *La preuve dans les affaires*. De l'écrit au microfilm.. LITEC. París (1980).
- (2) Para analizar detalladamente estas diferentes excepciones, referirse a nuestro estudio «La loi du 12 juillet 1980: une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve». *JCP*, 1981, I, 3008.
- (3) Véase nuestro artículo: «Les nouveaux supports de la comptabilité en Europe: Informatique et microfilms», en la *Revue Francaise de la Comptabilité* núm. 105, julio 1980, pp. 348 a 363.
- (4) Véase nuestro estudio sobre el microfilme, en la «comte général de la Justice», 1974. T1. *Documentation Francaise*, París, 1977, pp. 132 y siguientes.
- (5) Véase F. CHAMOIX: «Le microfilm au regard du Droit des Affaires», en *JCP*, 1975, I, 2725.
- (6) Véase estudio hecho por A. GRISSONNANCHE y H. DELAHAIE, *Bull Trun du Conseil Nat. Compta.* núm. 52, tercer trimestre 1982. Gracias a la

aplicación de la cuarta directiva europea de la contabilidad, se lleva a cabo actualmente en Francia un debate parlamentario referente a la reforma.

- (7) Véase «Preuve et sécurité dans les réseaux informatiques». Informe de síntesis elaborado por la Association Droit et Informatique para el CNET y la Mission à l'Informatique, septiembre 1980.
- (8) Ley núm. 78-17, de 6 de enero de 1978, sobre «La informática, los ficheros y las libertades».
- (9) Véase el estudio que está llevando a cabo l'Agence de l'Informatique: *Confidentialité e sécurité des données en Europe*, Joint research programme between ADI/GMD/NCC sponsored by EEC Communion.

