

PROCESO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA *

MANUEL ORTELLS RAMOS

Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General), España

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Bajo la denominación de nuevas tecnologías están comprendidos avances científicos y tecnológicos muy diversos y que afectan a diferentes aspectos de la vida humana y de las relaciones sociales, pero las tecnologías que pueden influir más amplia y profundamente en el proceso son, sin duda, las que se ha dado en llamar tecnologías de la sociedad de la información. Es decir, las tecnologías de archivo, tratamiento y transmisión de imágenes, sonidos y datos entre los equipos técnicos adecuados; las nuevas tecnologías ligadas a la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones.

1. Referencia a la biotecnología

No obstante, conviene referirse, brevemente, a la incidencia en el proceso de las tecnologías desarrolladas en los campos de la biología y la genética.

Principalmente, esas tecnologías han generado el descubrimiento de nuevas fuentes de prueba, que podrán ser introducidas en el proceso mediante la prueba pericial.

Es el caso, en primer lugar, de las pruebas biológicas que permiten establecer o excluir directamente - es decir, sin limitarse a presunciones- principalmente la paternidad, pero también la maternidad si su atribución resulta afectada por conductas de alteración de la identidad de la madre o del hijo. Los avances científico-técnicos han determinado que las posibilidades materiales de investigación biológica con resultados fiables hayan avanzado desde las pruebas

heredo-biológicas a las actualmente muy difundidas pruebas hematológicas, continuando la tendencia evolutiva hacia los análisis de ADN, que permiten alcanzar resultados de gran seguridad.

Los análisis de ADN se aplican también a fines de identificación en la investigación penal.

De modo limitado a la investigación penal, el Ministerio de Justicia de España hizo público un anteproyecto de ley sobre bases de datos de ADN, en el que, junto con el régimen de los actos de investigación para la recogida de muestras biológicas y para la obtención de las mismas en el cuerpo de la persona sospechosa, se regulaba el análisis de las muestras y la formación y tratamiento de ficheros de los datos obtenidos.

2. El significado relativo de las novedades tecnológicas

El examen de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso conduce a un planteamiento relativista en dos sentidos.

A) Nuevas tecnologías y grado de desarrollo social y económico

En primer lugar, el progreso social y económico de un país condiciona el grado de implantación y uso social de las nuevas tecnologías informáticas y de la telecomunicación.

Pero, dentro de esta observación, hay que matizar, por una parte, que la implantación y el uso social de esas tecnologías se caracterizan por concentrarse, incluso dentro de un mismo país, en

* Es el texto-base de la conferencia pronunciada el día 17 de octubre de 2002, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Para una ampliación, con el correspondiente aparato crítico, puede consultarse de ORTELLS RAMOS, M., *Incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso jurisdiccional. Especial análisis de las cuestiones referentes a la prueba, a las medidas cautelares y a las comunicaciones procesales*, en "XVIII Jornadas Iberoamericanas y XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal", Editorial Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, páginas 607-675.

segundos sociales determinados y en las áreas geográficas habitadas por los mismos. Fuera de esos ámbitos sociales y territoriales existe un elevado número de "desconectados" o "desenganchados".

El uso de las nuevas tecnologías como instrumentos de la actividad procesal ha de regularse de modo que no se infrinja, ni se ponga en peligro el principio de igualdad en el acceso a la jurisdicción y en la asunción de las posibilidades y cargas establecidas por la ley procesal.

Por otra parte, la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso también está condicionada por las prioridades políticas que se establezcan para la asignación del gasto público.

En definitiva, la dotación a la jurisdicción de los medios humanos y materiales necesarios para la aplicación de las nuevas tecnologías, es un componente más del problema de los recursos presupuestarios destinados a la justicia. No es extraño que entre las prioridades de modernización tecnológica de los poderes públicos, el Poder Judicial no haya ocupado los primeros puestos, en los que, generalmente, está instalada la Administración dirigida por el Poder Ejecutivo, y, especialmente, la competente en materia tributaria o fiscal.

B) Nuevas tecnologías y pervivencia de problemas respecto de tecnologías que ya no son nuevas

El segundo aspecto del apuntado planteamiento relativista es éste.

En el momento presente no sería, en verdad, acertado calificar como nuevas tecnologías la fotografía, las películas cinematográficas, las grabaciones magnetofónicas y videomagnéticas, el telex, el telefax o telecopia, el telegrama y la telefonía. En el contexto histórico de nuestra civilización, el descubrimiento de esas técnicas es relativamente próximo en el tiempo, pero la aceleración del progreso tecnológico en los últimos años ha sido tal que las técnicas mencionadas han quedado rápidamente desposeídas del sello de la novedad.

La cuestión notable es que, a pesar de la falta de novedad, hay ordenamientos que aún hoy se resisten a la recepción de estos medios técnicos como forma de los actos de comunicación entre tribunal, partes y terceros. Y, en otros, se halla todavía abierta la cuestión de su recepción como medios de prueba.

3. Las diversas formas de incidencia de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones en el proceso jurisdiccional

En términos generales, la incidencia en el proceso de las tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones se produce de dos formas:

- 1^a) Esas tecnologías pueden utilizarse como medios o instrumentos para realizar la actividad procesal, tanto por el tribunal y sus auxiliares, como por las partes. Me ocuparé inmediatamente a continuación de esta forma de incidencia.
- 2^a) La segunda forma de incidencia es ésta: las nuevas tecnologías dan lugar a nuevas realidades sociales, consiguientemente, también, a nuevas realidades jurídicas, y, por tanto, a nuevas materias litigiosas, sobre las que versará la actividad procesal.

En ocasiones la novedad de la materia litigiosa es absoluta —como ocurre, por ejemplo, con la litigiosidad que enfrenta la asignación de nombres de dominio con los derechos de marca—. En otros casos la materia litigiosa es tradicional, pero el uso social de las nuevas tecnologías origina aspectos novedosos en la litigiosidad —por ejemplo, la contratación celebrada en forma electrónica—. En la segunda parte de mi conferencia trataré de una de las manifestaciones más importantes de esta forma indirecta de incidencia: el valor probatorio de los soportes electrónicos.

II. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO INSTRUMENTO DEL PROCESO JURISDICCIONAL

El empleo de las tecnologías informáticas y de la telecomunicación como instrumento para realizar los actos procesales puede tener grados diversos. Los expondré por orden de intensidad creciente.

1. Instrumento auxiliar para la realización de actos en las formas tradicionales

La utilización como instrumento auxiliar para la realización de los actos procesales en las formas tradicionales, escrita u oral, representa el grado de utilización más generalizado en los tribunales de los países de la Unión Europea. Revela la real aplicación de las nuevas tecnologías en el proceso.

Se manifiesta, principalmente, en lo siguiente:

1º) En el uso de las adecuadas aplicaciones informáticas para el registro de los asuntos ingresados en los tribunales y el seguimiento del estado de tramitación de los asuntos.

2º) La utilización de aplicaciones informáticas de tratamiento de texto y de bases de datos para facilitar la elaboración material de actos procesales escritos del juez, de sus auxiliares y de las partes.

Estas dos finalidades son el principal resultado de la informatización judicial establecida con el programa *Habilus*, que se aplica en Portugal; y en España con los programas *Libra*, *Adriano*, *Atlante*, *Temis 2*, *Cicerone* y *EJ*, a cuyas prestaciones reales se refiere Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial de España.

3º) Sin alterar la forma de realización de los actos orales -es decir, manteniendo el requisito de la presencia física de los intervinientes en el acto ante el tribunal- las tecnologías de la imagen y el sonido (grabación magnetofónica, videomagnética y en soporte digital) pueden utilizarse para mejorar la documentación, superando los límites de la documentación escrita.

En el proceso civil portugués es preceptiva la documentación por grabación sonora, aunque también pueden utilizarse otras técnicas disponibles (art. 522 CPC). La LEC española de 2000 dispone que las vistas y comparecencias se registrarán "en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen" (art. 147 LEC 2000), aunque se acompañarán de documentación por escrito de ciertos elementos esenciales del acto (art. 146 LEC 2000). En la práctica se utiliza tanto la grabación en video, como en soporte CD.

2. Nuevas formas de realización de ciertas clases de actos procesales: Incidencia de las nuevas tecnologías en los actos de comunicación del tribunal con las partes y con terceros, en el auxilio judicial y en el auxilio a la justicia y en la presentación por las partes de actos "escritos" al tribunal

La forma de relación social en la que las nuevas tecnologías han hecho notar más intensamente su influencia ha sido la telecomunicación. Es comprensible que la parte del ordenamiento procesal en la que

primero se ha producido la recepción de nuevas tecnologías, o en el que esa recepción se considera más razonable y deseable, es la que rige los actos procesales de comunicación (en sentido amplio) y los actos que, para surtir los efectos que les son propios, precisan de una posterior comunicación o presentación.

Se comprenden en la anterior delimitación: 1º) los actos de comunicación en sentido estricto, dirigidos por el tribunal a las partes y a terceros; 2º) los actos de requerimiento de auxilio judicial, mediante los que se insta la cooperación entre tribunales; 3º) los actos de auxilio a la justicia, dirigidos por un tribunal a otros titulares de poderes públicos; 4º) la comunicación al tribunal requirente de los actos practicados para la prestación del auxilio; y 5º) la presentación al tribunal de actos de parte o de terceros en cuanto proceda.

¿Qué hay respecto de esto en los ordenamientos y en la práctica forense de los países de la Unión Europea?

Sintéticamente. De momento hay normas y ensayos de implantación.

A) Para los actos de comunicación

El art. 138.5º del portugués Código de Processo Civil dispone que "É permitido o uso de meios informáticos no tratamento e execução de quaisquer actos ou peças processuais". No obstante, esta forma de comunicación todavía no se usa con regularidad.

En Derecho español -al que me referiré para un desarrollo algo más amplio de los problemas- la autorización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos se asienta sobre

1º) Una disposición general -en cuanto no sólo es aplicable a actos procesales de comunicación, sino a todos los actos procesales- que establece unos requisitos especiales para la validez y eficacia de los actos realizados por los medios citados y remite a una normalización técnica controlada por el Consejo General del Poder Judicial (art. 230 LOPJ española en la redacción que le dio la Ley Orgánica 16/1994).

2º) Una disposición específica respecto a los actos de comunicación en el proceso civil, que autoriza el uso (obviamente condicionado a la disponibilidad material de los medios necesarios) y subordina la validez y eficacia a específicos requisitos (que los medios técnicos garanticen la autenticidad de la comunicación y de su contenido, la constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron). Es el art. 162 LEC española 2000.

B) Para la presentación de actos escritos de parte.

Modificaciones en el art. 150 CPC portugués, producidas en el año 2000, permiten que las partes opten entre la presentación del acto escrito en la sede del tribunal o la remisión por telefax, la entrega en soporte electrónico acompañado de copia impresa o el envío por correo electrónico, con aposición de firma digital certificada -con remisión, en cinco días, de copia escrita de seguridad y de los documentos no digitalizados-.

En Derecho español, el art. 135.5 LEC 2000, que especifica -aunque, a mi juicio, de modo insuficiente- la previsión más general del art. 230 LOPJ, establece que "cuando los tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieron, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en el tiempo establecido conforme a la ley. Sin embargo de lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, éstos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior".

Los principales problemas que plantea esta forma de presentación de actos procesales -aparte de la disponibilidad material de equipos y de aplicaciones informáticas adecuadas en los puntos de emisión y de recepción- son los relativos a la autenticidad subjetiva del acto -es decir, que procede de quien dice proceder-, a la integridad objetiva del mismo y a la constatación del momento de recepción por el tribunal.

El cumplimiento de todas estas condiciones remite al establecimiento de un régimen jurídico de la firma electrónica y a su efectiva implantación. Esta firma, en una de sus modalidades de mayor seguridad, es requerida por la norma procesal portuguesa y también por la nueva redacción del § 130a ZPO y por el italiano *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*.

C) Ensayos de implantación

Los ensayos de implantación son variados.

Como muestra podemos comentar un proyecto piloto del Colegio de Procuradores de Zaragoza para su comunicación con los Juzgados y Tribunales de esa sede.

El planteamiento de objetivos era que los actos escritos de las partes, a través de sus representantes procesales (procuradores de los tribunales), pudieran llegar a los tribunales, y los de estos a los representantes procesales de las partes, por comunicación electrónica segura.

Para ello, los documentos de procedencia judicial y los documentos de procedencia de parte tienen la autenticidad subjetiva (proceden de quien dicen proceder) y objetiva (su contenido no ha sido alterado) garantizadas por un sistema de criptografía asimétrica o de clave pública.

Los documentos se transmiten encriptados por una clave privada (secreta, que sólo conoce y puede usar el titular de la misma). Esa clave se corresponde con una clave pública (de conocimiento general o en el ámbito necesario, y que se publica con indicación de quién es su titular). Si la aplicación de la clave pública desencripta el documento recibido, el destinatario corrobora con ello de quién proviene y que no ha sido alterado.

Una entidad de certificación vincula el par de claves con personas determinadas y, en su caso, con los cargos que ostentan y publicita la clave pública.

Con la clave pública del juez y del secretario, el procurador constata que el acto proviene de ellos. Y lo mismo el secretario judicial mediante la clave pública de procuradores y abogados.

C) Para los actos de auxilio judicial y de auxilio a la justicia

Existe, igualmente, un reconocimiento legal de los medios telemáticos en diversos ordenamientos europeos (Austria, Alemania, Italia, Portugal, España), pero, salvo excepciones, la aplicación no supera actualmente el grado de la experimentación, con aplicación bien sea de técnicas de redes cerradas o, en la red pública, mediante criptografía de clave pública.

D) Realización de actos procesales mediante videoconferencia

Con incidencia en los actos de auxilio judicial, o más allá de los mismos, nos encontramos con el régimen de la realización de actos procesales mediante videoconferencia.

Las tecnologías de transmisión del sonido y la imagen posibilitan -en sentido fáctico; es decir, sin perjuicio de la necesaria cobertura normativa- que actos que habrían de realizarse con comparecencia personal ante el tribunal, se lleven a cabo por medio de multiconferencia telefónica o de videoconferencia. Esta posibilidad comprendería las intervenciones de las partes (o de quienes postulen por ellas) en juicios orales o en audiencias, y, sobre todo, la práctica de

medios de prueba consistentes en una declaración personal (de la parte, de un testigo y también la de un perito, como complemento a la previa presentación de un dictamen escrito).

El empleo de la videoconferencia ha sido autorizado con gran amplitud por la nueva redacción del párrafo 128 ZPO.

Su apartado primero permite que, si las partes están de acuerdo, el tribunal autorice la celebración de la vista sin la presencia física en la sala de las partes o de quienes postulen por ellas, siempre que una adecuada técnica de transmisión de imagen y sonido asegure la simultánea emisión-recepción tanto en la sala -en la que el tribunal deberá estar, en todo caso, presente, materializando la publicidad del acto-, como en el local desde donde la parte actúe. El apartado segundo se refiere a una aplicación más limitada de la videoconferencia a la recepción de pruebas de declaración de partes, testifical y pericial.

Más modestamente el Derecho portugués limita la aplicación de la técnica de la videoconferencia a la recepción de las pruebas testifical y de declaración de las partes, en supuestos en que sería necesario acudir al auxilio judicial para evitar desplazamientos personales que no se consideran exigibles. A esta causa justificada se añade la de optimizar el aprovechamiento de los servicios prestados por peritos pertenecientes a organismos oficiales, que pueden exponer sus dictámenes por videoconferencia desde su lugar de trabajo (art. 588 CPC).

En Derecho español, la genérica previsión del art. 230.1 LOPJ, había dado lugar a que, en materia penal y en un caso en que la celebración del juicio estaba condicionada por el factor de la insularidad, se entendiera válida la celebración del mismo por videoconferencia, con el tribunal en su sede y las partes y otros sujetos procesales en lugar distinto. En principio, la Fiscalía General del Estado dictó una instrucción contraria a la validez de la aplicación de la videoconferencia con esa amplitud (Instrucción FGE 2/2002). La Instrucción FGE 3/2002 rectificó el anterior criterio. Además de referirse a supuestos específicos en que la habilitación legal es indudable (declaración de testigos protegidos) o en los que la técnica de videoconferencia resulta particularmente idónea para realizar el acto (evitación del auxilio judicial, o de los continuos desplazamientos a tribunales de peritos oficiales, disminución de los casos de traslado desde centros penitenciarios), reconoce que el art. 230.1 LOPJ, a pesar de su escasa densidad normativa, "debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación" (Instrucción FGE 3/2002, apartado I).

3. ¿Hacia una nueva forma del procedimiento?

La profesora Stadler, en la ponencia sobre el tema del que ahora les hablo, que presentó en las Jornadas de los profesores alemanes de Derecho procesal del pasado marzo, se preguntaba por la posibilidad futura de un proceso civil en el que el tribunal y los abogados intercambiarían los actos escritos y los documentos por e-mail, el tribunal tendría siempre los autos a disposición en su PC, y en el que nadie habría de molestarse en acudir a un señalamiento judicial, sino que intervendría en la audiencia desde la sala de videoconferencia del edificio judicial o desde el despacho.

En Derecho alemán el obstáculo no parece jurídico, sino de implantación de los medios materiales y técnicos necesarios. En Italia podrá hablarse de un *processo telematico* cuando efectivamente se aplique el Reglamento de 26 de enero de 2002, cuya vigencia, prevista para el 1 de enero de 2002, ha sido aplazada.

Si se atiende al art. 230 LOPJ española, el desarrollo de un procedimiento en línea es plenamente acorde con la ley. Pueden realizarse con medios electrónicos, informáticos y telemáticos los actos del tribunal (art. 230.1) y los de quienes se dirigen al mismo pidiendo tutela judicial (art. 230.4), de modo que parece razonable hablar, como hace el art. 230.3, de "procesos que se tramiten con soporte informático". De todos modos, estas posibilidades no se han aproximado a ser una realidad efectiva, ni siquiera con el complemento normativo de los artículos 146, 162, 167 y 172 LEC 2000, que más directamente permiten la realización en las nuevas formas de los actos de comunicación y de auxilio judicial y a la justicia.

Las posibilidades más realistas no llevan, sin embargo, tan lejos.

La evolución más previsible es la siguiente.

Por un lado, se potenciará la tramitación en forma electrónica de ciertos tipos de litigios, para los que, por diversas razones, la misma es especialmente adecuada.

Es el caso de los procedimientos judiciales cuyo desarrollo no precisa de apreciaciones fácticas y jurídicas complejas por parte del juez o de los auxiliares del tribunal. Supuesto paradigmático es el de un procedimiento monitorio con reclamación de deuda dineraria líquida y sin necesidad de justificación documental de la misma -si esta apreciación fuera necesaria, la tramitación automática podría comenzar tras la valoración inicial de los documentos por el juez-, en el que la serie de actos conducentes al título ejecutivo -requerimiento de pago, que debe ser notificado por los medios legales, y constatación de la falta de pago y de oposición en plazo- pueden realizarse por medios

informáticos, a partir de la presentación por el reclamante de los datos necesarios de la deuda y del deudor, incluso en soporte electrónico o con remisión por vía electrónica al tribunal competente. Este tratamiento tiene un dilatado periodo de experiencia en la práctica procesal alemana y austríaca. Para el Derecho austríaco, *Kodek*, en una reciente ponencia aportada a las jornadas antes mencionadas, analizó también las posibilidades de extensión del tratamiento automatizado a otros tipos de litigio (proceso de ejecución, tutela posesoria).

Litigios originados en relaciones de comercio electrónico, cuya cuantía, generalmente escasa, desaconsejaría, por los costes, acudir a un proceso o a un arbitraje en forma ordinaria.

En este sentido, la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, denominada "Directiva sobre comercio electrónico", al tratar en el art. 17 la solución extrajudicial de litigios surgidos en materia de prestación de servicios de la sociedad de la información, establece el criterio de unificación de legislaciones de los Estados miembros de la Unión de que no ha de obstaculizarse el acceso a tales medios de solución "incluso utilizando vías electrónicas adecuadas".

La disposición adicional 3ª de la recientísima (11 de julio de 2002) Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -para incorporar al ordenamiento español la Directiva precitada- habilita a los órganos del Sistema Arbitral de Consumo para dirimir los conflictos a través de medios telemáticos. La misma forma es autorizada, por la disposición adicional 6ª, apartado 8, para los medios de resolución extrajudicial de litigios derivados de la colisión de nombres de dominio registrados por la entidad encargada del nivel geográfico .es, con derechos o intereses sobre marcas y otras denominaciones o nombres

Por otro lado, se impondrá progresivamente el empleo de las nuevas tecnologías informáticas y de las telecomunicaciones para la realización de los actos procesales respecto a los cuales esas tecnologías sean más funcionales. Es el caso de los actos de comunicación, de requerimiento de auxilio judicial y de auxilio a la justicia, y, en cuanto a estos últimos actos, la evitación de los mismos mediante el empleo de la videoconferencia.

4. Los significados de la expresión "comercio electrónico": forma de los negocios jurídicos de Derecho Privado y forma de los actos jurídico-públicos, específicamente de los procesales

Lo dicho hasta ahora revela la necesidad de una específica regulación de la forma electrónica para los actos procesales.

La expresión "comercio electrónico" tiene una acepción estricta y una acepción amplia. La primera es significativa de las transacciones realizadas electrónicamente en materias mercantiles o, algo más ampliamente, de Derecho privado patrimonial.

En la acepción más amplia quedarían comprendidas todas las comunicaciones e intercambios de datos por vía electrónica dirigidos a producir efectos jurídicos. Representaría una (nueva) forma de manifestación del acto jurídico en sentido amplio, es decir de la expresión de la voluntad y pensamiento humanos a la que el Derecho vincula efectos jurídicos, precisamente por ser tal expresión. Esos efectos jurídicos pueden producirse tanto en el ámbito jurídico-privado, como en el campo del Derecho público, y, por tanto, especialmente en el Derecho procesal.

Probablemente por un característico signo de nuestros tiempos, la expresión "comercio electrónico", que sólo es significativa de una parte del todo, ha sido encumbrada a la primera línea semántica, de manera que destaca la referencia a la materia mercantil, frente a la problemática genérica de la comunicación electrónica como nueva forma de los actos jurídicos. Por ese mismo motivo, las específicas y más o menos balbucientes regulaciones jurídicas, se han realizado con particular consideración de las transacciones sobre la materia mercantil o patrimonial privada.

Incluso una distinción que suele aplicarse frecuentemente al comercio electrónico en sentido estricto, puede ser también relevante para las actuaciones procesales electrónicas. Me refiero a la distinción entre comercio electrónico directo e indirecto. En efecto, podría hablarse de actuaciones procesales electrónicas directas si las mismas pueden alcanzar plenamente su fin operando en el ámbito virtual. Así, por ejemplo, emisión de pronunciamientos declarativos y constitutivos, pero también de pronunciamientos de condena si el título puede ejecutarse en el ámbito virtual, mediante transferencia de títulos valores anotados en cuenta o embargo electrónico de saldos con posterior orden de pago por medios electrónicos. Las actuaciones procesales electrónicas serían indirectas, en el caso de que fuera necesario actuar sobre la rea-

lidad material sea para realizar actividad ejecutiva por determinadas prestaciones, sea para realizar determinados actos durante el proceso -vistas, aportación de documentos no electrónicos-.

¿Cuál es la técnica legislativa más idónea para establecer esa regulación del empleo de la nueva forma?

Debo decir, en este aspecto, que me parece criticable, por ambigua, la técnica seguida en el ordenamiento español.

Las leyes de organización de tribunales y procesales autorizan la utilización de medios informáticos y telemáticos para realizar actos procesales y les reconocen validez y eficacia si respetan determinados estándares o conceptos jurídicos indeterminados de seguridad de la comunicación (autenticidad, integridad y constancia de cumplimiento de requisitos legales en la realización del acto -por ejemplo, tiempo de su presentación o recepción-). Pero, sin embargo, esas leyes no completan la norma, en el sentido de establecer que tales estándares se entenderán específicamente cumplidos con una determinada modalidad de firma electrónica, entre las que regula la ley sobre la misma vigente en el ordenamiento. Hasta que esa especificación se produzca, es dudoso si la forma electrónica en concreto aplicada es suficiente para la validez y eficacia del acto.

Mucho más perfecta es la técnica que reparte esa regulación en dos conjuntos de textos normativos.

Uno que regula la firma electrónica, sus requisitos y modalidades, y las entidades de prestación de los servicios necesarios para la operatividad del sistema.

Otro conjunto, en el que una o varias leyes establecen normas de Derecho Privado, Público y, especialmente, dentro de éste, de Derecho Procesal, que no sólo autorizan la realización de actos en forma electrónica, sino que disponen la modalidad de firma electrónica que ha de aplicarse en los diferentes supuestos.

Es paradigmática, en este sentido, la técnica aplicada en Derecho alemán. El bloque normativo está compuesto por la *Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen*, a la que han seguido, por una parte, la *Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr* -que contiene las convenientes modificaciones del Código Civil, de la Ordenanza Procesal Civil, de las leyes procesales laborales y contencioso-administrativas y de otras muchas leyes en las que se establecen preceptos sobre forma de actos- y, por otra parte, la *Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr* -ésta sí reguladora del comercio electrónico en sentido estricto-.

Esta misma técnica se ha seguido en Derecho portugués, en el que, por una parte, el Decreto-Ley nº

290-D/99, de 2 de agosto, regula la validez, eficacia y valor probatorio de los documentos electrónicos y la firma digital, y, de otra, dos reformas del CPC permiten realizar algunos actos en forma electrónica, con aposición de firma digital. También en Derecho italiano encontramos un conjunto normativo integrado, de un lado, por el art. 15 *Legge-Delega* de 15 de marzo de 1997, el *Regolamento recante criteri e modalità per la formazione, l'archiviazione e la trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici, a norma dell'articolo 15, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n.59*, aprobado por Decreto de la Presidencia de la República de 10 de noviembre de 1997 -que regula el régimen de la firma electrónica-, y, por otro lado, el *Regolamento recante disciplina sull'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile*, aprobado el 26 de enero de 2001, que especifica la aplicación en los actos procesales.

III. INCIDENCIA EN EL PROCESO DE LAS MATERIAS LITIGIOSAS INFLUIDAS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

LA EFICACIA PROBATORIA DE LOS SOPORTES ELECTRÓNICOS

Como ya apunté casi al principio de mi intervención, las nuevas tecnologías de la informática y las comunicaciones tienen en el proceso, también, una incidencia indirecta.

Particular importancia reviste, dentro de esa forma de incidencia, la repercusión que, a partir de la litigiosidad derivada del comercio electrónico, se produce en materia de prueba procesal, en concreto sobre la eficacia probatoria de los soportes electrónicos si en los mismos ha sido expresada la voluntad negocial.

El uso de estos soportes tiene enormes ventajas prácticas en cuanto al archivo y, sobre todo, en cuanto a la transmisión de la información.

Pero no obstante, hay una ventaja práctica que no deriva del simple progreso tecnológico. Es la del valor jurídico que deba reconocerse a la voluntad y conocimiento humanos expresados en dichos soportes o instrumentos.

Ese valor depende del Derecho, que lo reconoce o lo niega en función del cumplimiento de unos requisitos indispensables de seguridad que garanticen la autenticidad subjetiva y objetiva de la declaración y la constancia de circunstancias relevantes de su emisión y recepción.

Las normas sobre la eficacia jurídica, especialmente jurídico-probatoria, de los soportes electrónicos tienen la estructura de toda norma: prevén supuestos

de hecho y, en dependencia de los mismos, establecen consecuencias jurídicas. Pero estos componentes tienen una extraordinaria complejidad.

Los modos de establecer los requisitos de seguridad de las comunicaciones en soporte electrónico, condicionantes de la eficacia jurídica y específicamente probatoria de tales soportes, son muy diversos.

En los países de la Unión Europea -como, por lo demás, ocurre con alcance mundial- el modelo predominante es el de los regímenes legales de la firma electrónica.

Este modelo combina la definición de unos estándares normativos de seguridad de las transacciones electrónicas con una estructura técnico-empresarial, y a veces también administrativa, destinada a hacer posible el cumplimiento de esos estándares.

El régimen de la firma electrónica en los países de la Unión Europea tiene como norma básica la Directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica.

La Directiva distingue tres modalidades de firma electrónica:

1º) Firma electrónica simple: "los datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos, utilizados como medio de autenticación".

2º) Firma electrónica avanzada: "la firma electrónica que cumple los requisitos siguientes: a) estar vinculada al firmante de manera única; b) permitir la identificación del firmante; c) haber sido creada utilizando medios que el firmante puede mantener bajo su exclusivo control; d) estar vinculada a los datos a que se refiere de modo que cualquier cambio ulterior de los mismos sea detectable".

3º) En fin, la firma electrónica avanzada cualificada que es la firma avanzada "basada en un certificado reconocido y creada por un dispositivo seguro de creación de firma" (art. 5.1). Con esta indicación se está haciendo referencia a la ordenación complementaria destinada a garantizar el cumplimiento de los requisitos de esta modalidad de firma electrónica. Esta ordenación comprende competencias administrativas de reglamentación y de ejecución de los Estados miembros sobre los prestadores de servicios de certificación y sobre reconocimiento como seguros de los dispositivos de creación de firma, un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de certificación, y competencias administrativas de los Estados miembros para homologar certificados emitidos por entidad de certificación establecida en un Estado no miembro.

Probablemente por su calidad de instrumento de unificación normativa que deja a los Derechos de los

Estados miembros un ámbito de libre configuración, la Directiva es poco definida al establecer las consecuencias jurídicas vinculadas a los distintos supuestos. Del art. 5 de la Directiva sólo se deduce que a la firma electrónica avanzada cualificada se le han de vincular las consecuencias jurídicas más ventajosas, aunque, por otra parte, no pueden excluirse consecuencias jurídicas para los supuestos 1º y 2º antes mencionados.

Dentro de los límites y siguiendo las orientaciones de la Directiva, diversos países de la Unión han aprobado sus legislaciones de firma electrónica o, en su caso, tendrán que ajustar las que aprobaron con ligera anticipación a la Directiva.

Sería vano el intento de exponer esos regímenes.

Respecto de los mismos me limitaré a considerar las cuestiones de eficacia probatoria de los soportes con firma electrónica, en lo que los ordenamientos estatales presentan mayor diversidad.

1. Eficacia probatoria entendida como admisibilidad en cuanto medio de prueba

Tener eficacia probatoria significa, en primer lugar, que las fuentes de prueba en las que consisten los soportes electrónicos, en cuanto instrumentos aptos para generar convicción, son admisibles en un proceso en calidad de medios de prueba. La respuesta es afirmativa en los ordenamientos de nuestro ámbito de atención.

El art. 3.2 del Real-Decreto Ley español es muy explícito al disponer que "A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica". Igualmente el art. 3, nº5 del *Decreto-Ley* portugués dispone que los documentos sin firma electrónica o con una diferente a la digital certificada por entidad acreditada serán admitidos como medios de prueba.

Las dos últimas disposiciones concretan precisamente en el sentido de reconocimiento de la eficacia mínima de admisión como medio de prueba la previsión del art. 5.2 de la Directiva europea ("no se niegue eficacia jurídica, ni la admisión como prueba en procedimientos judiciales" a los soportes electrónicos sin firma electrónica avanzada). Este mismo criterio es seguido por la nueva redacción de los arts. 1316-1 y 1316-3 del *Code Civil* francés, y está presupuesta por el art. 5 del Reglamento italiano de 10 de noviembre de 1997, y por la nueva redacción del § 292a ZPO, en cuanto estos preceptos sólo distinguen entre modalidades de soportes electrónicos a efectos de valor de la prueba ya admitida y practicada.

2. ¿A través de qué medio de prueba desarrollan su eficacia probatoria los soportes informáticos?

Si es admisible como medio de prueba ¿cuál es el medio?. Es decir, cuáles son las posibilidades, cargas y deberes procesales de las partes en el caso de que se aporten como prueba, cuáles los poderes del tribunal y cuál la actividad procesal adecuada.

Por la asimilación a la prueba documental se han inclinado el Derecho francés (Ley de 14 de marzo de 2000), y, con matices, el portugués (Decreto Ley de 1999) y el italiano (Ley de delegación y Reglamento de 1997).

La LEC española de 2000, en su art. 384, establece un régimen específico de introducción en el proceso de los soportes electrónicos, aunque con ciertas lagunas.

No obstante, en el Derecho español subsiste cierta confusión, y no principalmente porque la LEC se refiera en algunos preceptos al documento electrónico, sino porque la regulación que, de modo sistemático, se ha hecho del instrumento público en soporte electrónico, parte de la base de una completa equiparación de éste y el documento público en soporte de papel. Como consecuencia de esta equiparación será necesario aplicar parte importante del procedimiento probatorio de la prueba documental pública, como la impugnación de la copia electrónica y su cotejo con la matriz escrita (art. 320 LEC).

Sin llegar a la regulación de un medio diferenciado, tampoco el Derecho alemán canaliza la introducción de los soportes electrónicos como medio de prueba documental, sino que la nueva redacción del § 371 ZPO acoge la tesis, predominante en la doctrina alemana, de considerarlos como un supuesto específico de reconocimiento judicial.

A mi juicio no hay razones irrefutables que inclinen por alguna de esas posibilidades de tratamiento probatorio.

La asimilación a la prueba documental suele ser defendida con base en que el tratamiento de ésta implica una serie de ventajas: carga de aportación de copias con los escritos de alegación iniciales, carga de manifestación de la contraparte sobre la autenticidad del contenido del soporte electrónico; y, en su caso, deber de aportación y medios coercitivos para imponer su cumplimiento. Además, se dice, negar la asimilación significa desconocer la identidad funcional con el documento y la tendencia real a sustituirlo en el tráfico jurídico.

No obstante, esa asimilación no es la única técnica para implantar aquellas cargas y deberes en el régimen del medio de prueba. Y, de otra parte, a diferencia de la prueba documental, en la prueba por soportes electrónicos siempre serán necesarias pruebas auxiliares para acreditar los elementos que integran las diferentes modalidades de firma electrónica.

3. Eficacia probatoria entendida como valor probatorio: valoración según reglas de la sana crítica, prueba legal y otras técnicas de facilitación del resultado probatorio

Eficacia probatoria significa también, por fin, valor probatorio del medio de prueba practicado, en el sentido de eficacia del mismo para dejar establecido en la sentencia el dato objeto de la prueba, bien sea por convicción del tribunal, bien porque se den las condiciones para que éste aplique una norma vigente de prueba legal.

El art. 3 del Real Decreto-Ley español remite a "los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales", que, a su vez, disponen que "el tribunal valorará los instrumentos a que se refiere el apartado primero de este artículo conforme a las reglas de sana crítica aplicables a aquellos según su naturaleza" (art. 384.3 LEC).

No obstante, la regulación del instrumento público electrónico hecha por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, modifica, a mi juicio, tácitamente el precepto anterior. En efecto el art. 17 bis de la Ley del Notariado dispone que los instrumentos públicos no pierden ese carácter por estar redactados en soporte electrónico, producirán sus mismos efectos y gozarán de fe pública igual que los expedidos en soporte de papel. En todo caso la autorización notarial ha de instrumentarse mediante firma electrónica avanzada cualificada -máximo grado de seguridad en el Real Decreto-Ley de Firma Electrónica- con requisitos adicionales de seguridad. Lo único que satisface la equiparación con el documento público en soporte de papel, enfáticamente dispuesta por el mencionado art. 17 bis de la Ley del Notariado, es considerar los instrumentos públicos electrónicos como documentos públicos dotados del valor de prueba legal establecido por el art. 319.1 LEC.

El Derecho portugués somete los soportes electrónicos sin firma digital a la libre apreciación del juzgador (art. 3, nº 5 Decreto-Lei regulador de la firma electrónica), al dotado con firma digital certificada por entidad certificadora acreditada le reconoce valor probatorio legal, según circunstancias, como documento privado -por lo tanto, a condición de que su contenido sea reconocido o no impugnado- (art. 3, nº 3 Decreto-Lei y arts. 374.1º y 376.1º Código de Processo Civil)- o como prueba de reproducción mecánica -en este caso el valor legal se atribuye si la parte reconoce la exactitud de su contenido- (art. 3, nº 3 Decreto-Lei, art. 368 CPC):

En Derecho francés la modalidad más general de soporte electrónico es equiparada al documento privado (art. 1316-3 CC), lo que supone que si es recono-

cido -la ley establece una carga de manifestarse al respecto (art. 1323 CC)- hace prueba plena (art. 1322 CC). Una modalidad especial, con garantías de seguridad específicamente reguladas, permite una presunción *iuris tantum* de identificación del autor y de atribución subjetiva del acto (art. 1316-4, párrafo segundo CC). En fin, una modalidad especial de firma segura especialmente regulada, que deberá ser empleada para los documentos públicos, determinará que estos conserven su valor de prueba legal (art. 1319 CC).

El ordenamiento italiano equipara la modalidad más simple de documento informático a los medios de reproducción mecánica (art. 5 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997), cuyo valor probatorio es legal, pero a condición de que la parte a quien se oponga no niegue la conformidad del contenido del soporte con lo representado por el mismo (art. 2712 CC), aunque la ley no es rigurosa al establecer la carga de expresarse acerca de tal conformidad. El documento informático dotado de firma digital tiene valor probatorio legal como el documento privado; es decir, si la parte lo reconoce expresamente o ha de ser tenido por reconocido -por preclusión de la posibilidad de impugnarlo- o está autenticado por notario (arts. 5.1 y 16 del Reglamento de 10 de noviembre de 1997, art. 1702 CC).

En Derecho alemán todo soporte electrónico está sujeto, como prueba de reconocimiento judicial y pericial, a la libre apreciación judicial. No obstante, si el documento electrónico está dotado de firma electrónica avanzada cualificada el § 292a ZPO, en relación con el § 126a del Código Civil, establece una norma de prueba *prima facie* en virtud de la cual el tribunal puede partir de la base de que el documento es auténtico, salvo que la parte a quien sea opuesto contrarreste la autenticidad con referencia a hechos indicativos de la posibilidad de que la declaración no fue emitida por voluntad del titular de la clave de firma.

Debe hacerse notar, para apreciar debidamente el régimen de valoración probatoria, que, salvo cuando el valor probatorio legal se funda en el reconocimiento de la autenticidad del soporte por la parte a quien ha sido opuesto, el valor probatorio legal o la aplicación de la presunción *iuris tantum* (Derecho francés) o de prueba *prima facie* (Derecho alemán), dependen de la concurrencia de los elementos fácticos y técnicos que integran la modalidad de firma electrónica a la que la ley vincula la específica eficacia probatoria.

Por regla general, será necesaria una prueba auxiliar, documental y pericial, con el objeto de probar, por ejemplo, que concurren los requisitos de la firma electrónica avanzada. Es decir, que hay un certificado expedido por entidad facultada legalmente, que la firma ha sido creada por dispositivos controlables exclusivamente por el firmante, que es únicamente atribuible a él y posibilita su identificación, que permite, en fin, detectar si ha habido alteraciones en el documento.

Pero el ordenamiento puede facilitar la asunción de esta carga probatoria -ciertamente importante y difícil de levantar- si atribuye determinados efectos jurídicos a la acreditación por una Administración pública tanto de la entidad certificadora, como de los dispositivos de creación de la firma.

En este sentido, se ha advertido por la doctrina alemana que la especial norma de prueba *prima facie* -que la nueva redacción del § 292a ZPO vincula a la firma electrónica avanzada cualificada- es de utilidad muy discutible en el caso de que la parte que proponga la prueba tenga que empezar por probar los seis requisitos de esta modalidad de firma según la Ley alemana de firma electrónica. En cambio, adquiere verdadera utilidad si existe previa acreditación administrativa, porque en tal caso rige una presunción técnico-administrativa de seguridad.