

Algunas deficiencias de la nueva legislación sobre firma electrónica y documento electrónico.

De: Ruperto Pinochet Olave, Junio 2000.

Recientemente se han aprobado dos importantes normas que han tenido por finalidad actualizar la legislación e incorporar formalmente la firma electrónica al ordenamiento jurídico español, adelantándose en ello al resto de los países que integran la Unión Europea, que al igual que España, han adquirido el compromiso de avanzar en la regulación de la Firma digital, al haber aprobado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se ha establecido un marco comunitario para la firma electrónica.

Dichos cuerpos legales son el Real Decreto-Ley 14/1999 de 17 de septiembre sobre Firma electrónica, ya en vigencia, y, la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000 de 7 enero, la cual, contiene un plazo de un año de vacancia legal.

Es de destacar que las iniciativas comunitarias y del gobierno central, se enmarcan en la creencia de que es un deber de los Estados favorecer la adopción y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, ya que su implementación cuanto antes, constituye un poderoso factor de desarrollo económico y social. Según numerosos especialistas, el desarrollo del comercio electrónico requiere el perfeccionamiento de los aspectos de seguridad vinculados a él, entre ellos, la firma electrónica.

La admisibilidad del Documento electrónico como medio de Prueba.

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante la LEC, en su artículo 299, bajo el epígrafe *Medios de Prueba*, después de enumerar los medios de prueba tradicionales, en su apartado 2º dispone:

"También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso".

El apartado tercero del mismo artículo abre la posibilidad de admitir otros medios probatorios que pudieran entenderse no comprendidos en los dos apartados anteriores con el sólo requisito de que a juicio del tribunal *"pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes..."*.

Ha quedado claro, entonces, la admisibilidad del documento electrónico como medio de prueba, ya que el sistema probatorio se ha abierto a cualquier medio tecnológico, incluso aquellos, pertenecientes a nuevas tecnologías aún no descubiertas o desarrolladas.

Sin embargo, la redacción de la LEC ha incurrido en algunas deficiencias en lo relativo al documento electrónico. En efecto, la LEC ha regulado las nuevas tecnologías como medio probatorio en la Sección 8ª, del Capítulo VI, bajo el epígrafe *"De la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y de los instrumentos que permiten archivar y conocer datos relevantes en el proceso"*. Un examen atento permite observar que jamás se utiliza la expresión *"escrito"*, *"escritura"* o cualquiera otra similar.

Por otra parte es necesario considerar que *la prueba documental* se encuentra regulada en las secciones 2ª, 3ª y 4ª del mismo capítulo, título y libro de la LEC, en secciones que tratan *de; los documentos públicos, los documentos privados y de disposiciones comunes a las dos secciones anteriores*, respectivamente.

El primer problema se produce, ya que al parecer, por la estructura de la ley, el legislador español no considera, "documento", al documento electrónico, lo que es delicado si se estima que los documentos contienen lo *"escrito"*, y en numerosas ocasiones la ley obligatoriamente plantea la necesidad de probar *por escrito*.

Dicha exigencia se denomina *prueba literal*, y es exigida en diversas disposiciones legales del ordenamiento jurídico español, entre ellas, quizás la más importante, sea el inc. final del artículo 1.280 del Código Civil español, el cual, después de enumerar los instrumentos que deben constar por documento público dispone, *"También deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1500 pesetas"*.

Entonces cabría concluir que el documento electrónico al no ser considerado prueba documental y tener la calidad de escrito no servirá para probar obligaciones superiores a 1.500 pesetas. Evidentemente esa no ha sido la intención del legislador, y desconocer la calidad de documento al documento electrónico implica restar aplicación práctica a la normativa sobre firma digital, firma que naturalmente se encuentra contenida en documentos electrónicos.

Regulación de la firma electrónica en el Real Decreto Ley.

El Real Decreto-Ley 14/1999 sobre Firma electrónica, en adelante el RDL, tuvo como motivación principal según palabras de su *Exposición de Motivos*, introducir *"cuanto antes, la disciplina que permita utilizar, con la adecuada seguridad jurídica, este medio tecnológico que contribuye al desarrollo de lo que se ha venido en denominar, en la Unión Europea, la sociedad de la información. La urgencia de la aprobación de esta norma deriva, también, del deseo de dar, a los usuarios de los nuevos servicios, elementos de confianza en los sistemas, permitiendo su introducción y rápida difusión"*.

Sin entrar a explicar en detalle en que consiste la firma electrónica, se puede señalar que el RDL ha adoptado, en conjunto con la Unión Europea, el sistema

de claves públicas asimétricas. Una clave secreta sirve para encriptar el documento electrónico, y una pública asociada a la clave privada que sirve para desencriptarlo. La integridad e inalterabilidad del documento electrónico se logran asociando el conjunto de datos que conforman la firma con los datos contenidos en el documento, formando una sola combinación encriptada, de manera que si alguien intenta modificar el contenido del documento o alterar la firma, el documento electrónico se perjudicará y no será legible. La función de identificación del autor y autenticación del contenido se logra, ya que la clave privada del que firmó digitalmente el documento sólo era conocida por él, y un tercero, una empresa de certificación digital, da fe que la firma usada corresponde a una determinada persona. Dicho certificado, también digital puede incorporarse a cada documento electrónico firmado digitalmente. El receptor del documento electrónico obtendrá en registros públicos la clave pública asociada a una persona, que sólo servirá para leer o desencriptar el documento ilegible que ha recibido, si éste ha sido encriptado realmente, a través de la clave privada asociada a la persona que aparece como el emisor del mismo.

El RDL ha tenido la misión de incorporar formalmente la firma electrónica al ordenamiento jurídico y regular su valor probatorio.

El artículo esencial del RDL es el 3º, el que en su apartado primero señala que la firma electrónica avanzada, *"tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales"*.

Hemos de señalar que el primer gran error consiste, precisamente en regular el valor probatorio de la firma electrónica, ya que lo correcto desde la perspectiva de la Teoría de la Prueba, es regular el valor probatorio de los documentos, los que a su vez pueden ser públicos o privados, escritos o no, firmados o no firmados. De acuerdo a todas las características antes señaladas, la ley asigna valor probatorio al medio a la prueba instrumental o documental. La firma cumple funciones de identificación del autor del documento, y, autenticación del texto, esto es, vincula al autor con lo expresado, pero la firma no es un medio de prueba en si misma, y es más, no se encuentra ni siquiera definida en el ordenamiento jurídico español.

Específicamente sobre su valor probatorio el RDL dispone que tendrá *"el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel"*, *"valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales"*.

Al decir *"el mismo valor que la firma manuscrita"*, no aclara nada, pues como hemos dicho, lo que tiene valor probatorio como medio de prueba en juicio son los documentos, y no las firmas. Agrega la disposición en análisis, *"valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales"*.

Expresión nuevamente ambigua ya que la legislación procesal civil no regula el valor probatorio de la firma manuscrita, sino, como hemos dicho, de los documentos públicos o privados firmados. Este debió ser el tratamiento seguido por el RDL, otorgar valor probatorio directamente a los documentos que contuvieran firma electrónica, asimilándolos a alguna de las categorías documentales reguladas en la legislación civil.

Pensamos que no habiendo entrado en vigencia aún la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se está a tiempo de introducir algunas correcciones a las deficiencias expuestas. Dichas inconsistencias nos parecen importantes por el grado de confusión que pueden producir al ponerse en práctica la nueva legislación sobre firma y documento electrónico.