

El valor jurídico de los novísimos soportes documentales

José María DESANTES GUANTER

Catedrático de Derecho de la Información.
Universidad Complutense de Madrid

INTRODUCCION

La técnica avanza conforme a un movimiento progresivamente acelerado. Los beneficios que este avance proporciona en el campo de la documentación son inenarrables porque siguen abiertos a nuevos logros y a grandes perspectivas en el panorama de su aprovechamiento. Cabe, sin embargo, precisar el alcance jurídico de su acción planteando un manejo de presupuestos a tener en cuenta en el desarrollo del tema propuesto.

LA DOCUMENTACION ES UN MODO Y UN MEDIO INFORMATIVO

Parto, como premisa extensamente tratada en otro lugar (Véase mi libro *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Madrid, 1987), de la equivalencia documentación-información. Y, dada esta identidad de objeto, la consideración del derecho a la documentación como una especie concreta del derecho a la información. Al considerar esta relación, genero y especie jurídicos se han enriquecido conceptualmente de una manera recíproca. Lo que tiene trascendencia evidente al interpretar la Constitución española de 1978. Así puede verse al tratar de una manera conjunta y sistemática sus artículos 20, 46 y 105, b).

La documentación, tomada como medio informativo, nos ha permitido estudiar, por ejemplo y hasta donde llegan los límites científicos, el tema cardinal de la difusión, al poder analizar todas las modalidades de la exhibición e inducir sus

normas, completando así la trilogía difusiva que forma conjuntamente con la emisión y la edición.

Por otra parte, a partir de un documento, estas variedades de exhibición obligan a poner en movimiento unos modos de preparación del mensaje documentado, para proceder a su exhibición, distintos a los utilizados en función de los demás medios. También el estudio, ya realizado, de tales modos, ha permitido a la doctrina informativa y iusinformativa confirmar hipótesis anteriores y completarlas satisfactoriamente.

LA MULTIPLICACION DE LOS SOPORTES

Si pensamos que el documento es el mensaje más el soporte, pronto advertimos que los hombres crean, expresan o incorporan mensajes que, siendo innumerables, son susceptibles de análisis hasta reducirlos a unos mensajes simples catalogados de manera exhaustiva por la doctrina—hechos, ideas y juicios—en cuyo estudio se han invertido y se invertirán muchas horas y esfuerzos. Su investigación permitirá profundizar en sus cualidades, elementos y efectos; pero no los harán variar en su enumeración y enunciación.

Lo contrario ocurre con los soportes. Sobre ellos ha incidido de manera aguda la técnica, que ha ido aprovechando fuerzas y elementos de la naturaleza para constituir un número de vehículos, imprevistos hace tan sólo unos años, a los que se pueden incorporar mensajes. Estas innovaciones llevan consigo dos consecuencias. Una de ellas que, a diferencia de los mensajes, los soportes no han sido susceptibles de clasificación y sistematización y, por tanto, su estudio es, en gran parte, puramente empírico. Otra, que los avances técnicos han permitido la utilización conjunta de soportes que, antaño, caracterizaban las diferentes formas de difusión. Así ha ocurrido, por ejemplo, con la utilización de los soportes electrónicos combinados con los radioeléctricos, que ha roto las fronteras entre exhibición y emisión, permitiendo utilizar armónicamente ambos sistemas de difusión en la telemática. Con lo que la teoría de los soportes en la documentación va a constituir siempre una síntesis incompleta, susceptible permanentemente de cualquier tipo de ampliación en todas direcciones. Sean cuales sean las soluciones que se vayan encontrando, los nuevos soportes contribuirán, como han contribuido y contribuyen, a la mayor eficacia del derecho a la información.

TECNICA Y DERECHO

En efecto, la técnica nos presenta en cuanto a creación o —mejor— descubrimiento y utilización de soportes, una sorprendente serie de hallazgos, lo que unas

veces supone progresos y otras no. Leo Esaki, inventor de los semiconductores y Premio Nobel de Física, afirmará: «En términos generales, puede decirse que todo depende del grado de inteligencia que posea el pueblo para saber aprovechar las máquinas, utilizarlas debidamente y no dejarse esclavizar por los propios descubrimientos. Algo que no depende de los instrumentos, sino de las personas que los utilizan».

La regla general, por supuesto, si se advierte la curva ascendente que la técnica ha descrito a lo largo de la Historia, debe ser, y es, la progresiva. En concreto, para nuestro tema, es de Bagdikian la idea de que «Los inventos que han aumentado la rapidez e inmediatez de la información siempre han modificado el carácter del mundo en que nacieron.» No hay más que dirigir una mirada retrospectiva a la Historia para ver la trascendencia cultural de la invención de la imprenta o del hallazgo de las ondas hertzianas. Pero, en las manos fálibles de los hombres, no siempre se han seguido ventajas de la técnica por varias razones. Primera, porque la técnica supone una ordenación de medios naturales a unos fines eslabonados que, en último término, se concretan en uno sólo: la plena realización de la persona humana. En cuanto la técnica se aparta de la prosecución de este fin, porque lo olvida o porque lo infringe intencionadamente, en vez de progresar, regresa; y puede llegar hasta la degradación del hombre. La segunda razón estriba en que la ordenación de elementos y fuerzas en que la técnica consiste puede ser de un modo u otro alterada, con lo que se produce un desorden que trae como consecuencia idéntica la misma deshumanización, incluida la destrucción del género humano. No es éste último, por caso extremo, un supuesto previsible para las técnicas de los soportes, pero sí pueden darse otros grados considerables de regresión. Finalmente, es posible también la actitud de incompreensión o de ignorancia, las reservas ancestrales o el desprecio hacia unas técnicas que están ahí, a disposición de los hombres para mejorar cualquier aspecto de su vida o de sus operaciones.

Propio de la técnica, como dice Dessauer, un técnico que ha reflexionado sobre su actividad, es ordenar. Y el resultado de la ordenación es el orden. Pero, si bien nos fijamos, esta misma propiedad del ordenar y este mismo efecto del orden es predicable del Derecho. El Derecho, en efecto, ordena los acontecimientos sociales de todo tipo, entre ellos los técnicos, para conseguir un orden armónico en el perfeccionamiento de cada hombre y en la convivencia de todos los hombres. En este sentido, el Derecho es un garante de la técnica ordenada y ordenadora puesto que sus respectivas naturalezas son superponibles.

Pero, por esta misma razón, puede comprenderse que la técnica garantice también la eficacia ordenadora del Derecho. El Derecho realiza el valor humano de la Justicia. Derecho que no lleve a la realización de la Justicia no es tal Derecho, sino corrupción del Derecho, conforme al acertado pensamiento de los clásicos. Si la Justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, la averiguación de lo que sea «lo suyo»,

de cada uno, es un problema sustantiva y procesalmente de verdad. Justicia y verdad se relacionan así en una recíproca ayuda. Todo aquello que contribuya a aclarar o a restablecer la verdad en la convivencia de los hombres, tenderá a realizar la Justicia y, en consecuencia, a dar plena efectividad al Derecho. La documentación tiene un papel fundamental en la patentización de la verdad. Las técnicas que faciliten y hagan más rápida la multiplicación de los documentos, su transmisión y recepción contribuyen a esta aparición de la verdad en la vida social y, por tanto, en la jurídica. Como ha sido ya dicho, la técnica influye directamente en la aportación a la actividad documentaria de nuevos soportes y en la utilización y posibilidad de transmisión de los mismos. La tecnología de los soportes es asumible en cuanto que garantiza el *resplandecimiento de la verdad: con ella, el de la Justicia; y, con ella, la eficacia del Derecho*. Derecho y técnica no son así valores que se cruzan de un modo esporádico, casual o anecdótico; sino que se manifiestan como dos aspectos distintos e inseparables para la aventura de conseguir la más completa realización del hombre.

Vistas las cosas desde esta cumbre, puede sentarse una primera conclusión: los novísimos soportes, en cuanto que facilitan la percepción de la verdad, su esclarecimiento y la rapidez en su consecución, tienen un valor jurídico inapreciable.

EL DERECHO Y SU APLICACION

Ahora bien, el Derecho, como la técnica, está descubierto, no creado, por el hombre. Al proponerse la realización de un valor incorporal, el Derecho no admite, como la técnica, una manipulación porque no es objeto de una manufactura; pero sí necesita una aplicación del valor de Justicia que incorpora. Y la aplicación la hacemos los hombres con la misma falibilidad potencial con que manipulamos las técnicas; incluso contando con el *sentido innato de la Justicia que tiene todo hombre*.

En primer y principal lugar, aplicamos el Derecho todas las personas, en general. El análisis de la cantidad de Derecho que hemos aplicado desde que nos hemos despertado esta mañana hasta ahora, nos llevaría muchas horas de estas sesiones. Y el doble de ellas si nos detuviésemos a averiguar las posibilidades de infringirlo que hemos tenido.

En segundo término, aplican el derecho unos sujetos en función de unas cualificaciones profesionales que implican un *status*, estatuto o situación jurídica constituido por unos haces de derechos y deberes que hemos de cumplir y hacer cumplir. Pensemos tan sólo en el ejemplo de la situación jurídica del profesional de la documentación, en sus diferentes especialidades, como la de archivero. El Derecho, en este caso, se aplica en función de la competencia profesional, en el doble sentido de competencia: saber hacer y estar legitimado para hacer.

Hay, sin embargo, unos profesionales cuyo estatuto se hace eco de que el objeto de su trabajo es, precisamente, el Derecho. Los llamamos, con un término muy general, juristas, porque son los que saben responder, a través del manejo de fuentes de conocimiento, que no son otra cosa que documentos, a la pregunta secular *quid iuris?* o, lo que es lo mismo, ¿cual es, para este asunto concreto, el concreto Derecho aplicable? Son, en un primer aspecto, los abogados, que aconsejan, dictaminan o, en casos extremos, defienden a una parte cuando no hay acuerdo acerca de lo que es el derecho para ella o para otra parte, cuando hay contención o litigio. Tal litigio lo resuelven otros juristas a los que llamamos jueces que, además de aplicar el Derecho objetivo oportuno, velan porque sean respetados los derechos subjetivos de cada litigante, lo que habremos de tener en cuenta para valorar la actitud de admisión o rechazo de los novísimos soportes.

Hay, finalmente, un estamento, unas veces profesional y otras político o administrativo, compuesto por juristas o no juristas, que es el de los legisladores. Son los que convierten el Derecho en ley, cuando ostentan el poder legislativo; o la ley en reglamento, cuando desempeñan el poder ejecutivo; y el reglamento en acto administrativo cuando se descende en la escala jerárquica de la Administración. De cualquier Administración y, portanto, también de la documentaria si el documentalista pertenece a alguno de los Cuerpos especializados administrativos; o está contratado, en régimen laboral, por un Centro de la Administración, central, autonómica o local.

Con ello podemos llegar a una segunda formulación, en este caso hipotética que, por tanto, habremos de probar. Si los novísimos soportes tienen un valor jurídico pleno cuando nos referimos al Derecho, no lo tienen reconocido en la misma medida cuando de la ley o de los reglamentos se trata. La fijeza que una y otra fuente creadora del Derecho dan a sus normas, se pierde incluso cuando se procede a la aplicación del Derecho, de la ley o de los reglamentos a la vida ordinaria de los ciudadanos, a la vida administrativa o al proceso judicial.

En este nivel aplicativo del Derecho cabe interrogarse acerca de si será o no lícito o, incluso, si será o no obligatorio, mantenerse abierto ante lo nuevo y ante lo muy nuevo, ante aquello capaz de cambiar, de modular o de perfeccionar todo lo habido hasta ahora. Si nos fijásemos tan sólo en el deber ser, la respuesta debería resultar rotundamente afirmativa. No es así, sin embargo, cuando escrutamos lo que pasa en la realidad actual de nuestra vida jurídica.

LA FECUNDIDAD DE LA VIDA JURIDICA ESPONTANEA

Ya ha quedado dicho que los hombres cumplimos mucho Derecho de un modo espontáneo. Tal cumplimiento tiene una fuerza jurídica creadora muy importante

históricamente. Recuérdese el valor del uso y de la costumbre como fuentes poyéticas generales o el de las cláusulas de estilo en el campo específico de los contratos. No es extraño, por tanto que la línea más avanzada en la utilización de documentos con los más nuevos soportes se encuentre en el amplio campo de la autonomía de la voluntad. Desde Roma este extenso territorio se conoce con la expresión *praeter legem*, es decir, más allá de los márgenes que la ley señala para diferenciarlo de la actitud *contra legem*, o violación del contenido de la ley establecida.

Como ejemplo de esta aplicación ni contra, ni conforme a la ley nos encontramos con la utilización de las llamadas tarjetas de crédito, empleadas no sólo para obtener un bien sin contraprestación instantánea (dinero de plástico), sino también para otros usos, como llave, medio de identificación, control de presencia, llamadas por teléfonos públicos, historial médico autoportable de manera permanente y todos los demás usos que se van incorporando a las llamadas «tarjetas inteligentes». La tarjeta no es sino un documento con dos soportes superpuestos: uno de plástico, que patentiza unos datos o mensajes; y otro magnético, que oculta, por razones de seguridad jurídica, otros mensajes. A partir de un contrato expreso o tácito, por la simple admisión de la tarjeta, entre dos partes privadas es posible su eficacia sucesiva merced a la lectura y verificación electrónica del soporte magnético, con todas las consecuencias jurídicas pensables.

Los ejemplos podríamos multiplicarlos. Los acuerdos a través del fax, que suponen la exhibición recíproca y telecomunicativa de unos documentos; la comprobación electrónica o telefónica de datos entre entidades de crédito; la conexión concertada con bases y bancos de datos y la reproducción impresa o en pantalla de los mensajes referenciales o de los mensajes documentales; la contratación por máquinas automáticas; la ya citada telemática, que podemos considerar dentro de las que la Ley 31/1987 de 18 de diciembre, de telecomunicaciones, llama «servicios de valor añadido»; etcétera.

La eficacia jurídica de estas diferentes utilizaciones no se encuentra en disposición normativa alguna; pero se basa en unas reglas o principios generales de Derecho, que están por encima de la ley, como *pacta sunt servanda*, los acuerdos han de ser cumplidos; o *neminem laedere*, es injusto dañar a otro. A estas funciones realizadora y creadora del Derecho hay que conectar otro efecto indirecto: el de despertar, con el tiempo, el interés de los autores, de los Tribunales, de la Administración o del Poder legislativo para estudiar, sentar bases y legislar lo que ya está haciendo camino andadero la realidad que el mismo hombre genera de un modo espontáneo.

Así ocurrió con nuestro vigente Código de comercio. Datado el 23 de agosto de 1885 para comenzar a regir el 1 de enero de 1886, el Código se hace eco de la existencia del soporte radiotelegráfico, nuevo a la sazón, y concede valor obligacional

a la que llama «correspondencia telegráfica» (artículo 51, 3.º y 52). Pero se advierte, en seguida, la desconfianza del legislador cuando somete tal valor a un conjunto acumulativo de condiciones: si los contratantes han admitido este medio, precisamente en documento escrito; que los telegramas reúnan las condiciones y signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes; y que, en España o en el país extranjero de celebración, no se exijan escrituras, formas o solemnidades determinadas para la validez de los contratos.

Por lo demás, la teórica apertura del Código mercantil, al establecer en su artículo 51, a. p., que serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos «cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren», queda frenada en cuanto que se condiciona esta libertad, que incluiría la libertad de utilización de los soportes nuevos o novísimos, a que conste su existencia por cualquiera de los medios que el Derecho civil tenga establecidos. Pero el Código civil, que data de 1989, y las sucesivas leyes que lo han modificado o completado, apenas se refieren a soportes distintos del papel, como tendremos ocasión de ver.

Entre las leyes modificativas de carácter civil hay una excepción notable. El artículo 2038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, modificado por la Ley de 30 de diciembre de 1939, promulgada para adaptar el procedimiento de ausencia conforme a la nueva regulación del Código civil establecida por la Ley de 8 de noviembre del mismo año 1939, ordena que se dará publicidad a la incoación del expediente de ausencia, además de anunciarlo en el «Boletín Oficial del Estado», a través de anuncios por «la Radio Nacional» y «por otros medios para que esa publicidad sea aún mayor», si el Juzgado lo considerase conveniente. Las modificaciones por la Ley 10/1968 de 20 de junio, no han afectado a tal precepto. Tampoco se ha modificado la difusión radiada prevista por el artículo 2042 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil para el expediente de declaración de fallecimiento establecido sustantiva y formalmente por las leyes modificativas calendadas. Otra cosa es que el precepto, dejado como está al arbitrio judicial, se haya o no cumplido.

Ahora bien, cuando el Código de comercio se promulga no existe más que la telegrafía alámbrica. El simple uso ha extendido su aplicación a la telegrafía inalámbrica o radioeléctrica o mixta, por conmutación de distintos tipos de redes. Cabría preguntarse si el fax o el videotex se puede incluir también en el precepto del Código comercial o no. No hay interpretación auténtica —del legislador— o jurisprudencial —de los jueces— sobre el supuesto. En cualquier caso, *inter partes*, vale lo dicho acerca de la autonomía de la voluntad con la ventaja de que no es necesario utilizar claves, ni ningún otro sistema de aseguramiento. Frente a terceros, hay que remitirse a la eficacia probatoria a que habrá que referirse páginas adelante.

Salvo los supuestos previstos legalmente, sea con carácter genérico o específico, la única vía de aceptación documental de nuevos soportes es el convenio expreso o

tácito del remitente o emisor y del destinatario o receptor, con lo que se otorga plena fuerza a la autonomía de la voluntad que abre caminos fértiles a la iniciativa de utilización de cualquier soporte, sea antiguo o novísimo, con eficacia jurídica plena. Hay que tener en cuenta la consideración que introduce la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1986 cuando dice que «Solo hay que poner al moderno sistema el límite de que la libertad no degenera en libertinaje o, lo que es lo mismo, que no se haga mal uso de esa libertad».

EL FRENO DE LA LEY

La actividad jurídica privada se rige por el principio de que es lícito todo aquello que la ley no prohíbe expresamente; la actividad jurídica pública por un principio en cierto modo contrario: es lícito tan sólo aquello que la ley expresamente permite. La confusión de las esferas pública y privada y las recíprocas interferencias entre ellas, han llevado a extrapolar el rigor lógico del principio que rige la actividad pública a la actividad privada.

Esta confusión resulta grave si se observa que la ley va muy a la zaga, a veces de años y de decenas de años, de la realidad, sobre todo de las nuevas realidades que incesantemente va planteando la técnica. Y cuando se intenta poner al día, como hemos visto en el Código de comercio, se hace con todo recelo. El Poder legislativo y, en cierta medida el ejecutivo, tienen unas inquietudes políticas que desplazan a espacios marginales las preocupaciones jurídicas. Los juristas y, sobre todo, los funcionarios, no se comprometen en la aceptación de las técnicas nuevas, si el legislador no se ha pronunciado acerca de ellas. El juez añade a esta medrosa prevención la salvaguardia de los derechos subjetivos de las partes contendientes y de los terceros. Los particulares, salvo las grandes organizaciones, desconocen las posibilidades técnicas y jurídicas de los nuevos soportes y mucho menos de los novísimos.

A todas estas concausas, hay que añadir la falta de equipos adecuados en las dependencias administrativas y en las judiciales cuya penuria trasciende al hombre de la calle. Ya se anuncia la informatización de los Organos judiciales de una de nuestras Comunidades autonómicas. Pero la resultante, por el momento, da idea de lo relativo y limitado de la utilización normal y generalizada de los novísimos soportes y, por tanto, de su ineficacia real.

LA RESISTENCIA DE LA ADMINISTRACION

En algunas oficinas Administrativas se va abriendo paso la utilización de ordenadores a efectos de identificación de expedientes y de información acerca de

los mismos. Está muy lejos, sin embargo, la Administración española de poder cumplir el mandato que le impone el artículo 105, b) de la Constitución, lo que supondría centralizar el procesamiento de todos los archivos y ficheros administrativos para hacerlos transparentes o, lo que es lo mismo, permitir el acceso a los mismos de los ciudadanos. En cualquier caso, lo usual es que no se admita ningún mensaje de un administrado que no sea escrito y vehiculado en un soporte que no sea el papel. Y esto no sólo cuando el mensaje —una petición, un recurso, unas alegaciones en un expediente, etcétera— tiene incidencia en el sector público, sino también cuando no trascienden sus efectos sustantivos del sector más estrictamente privado.

Los principales creadores de documentos llamados públicos, aunque hay que entender por tal adjetivo los fehacientes, los que dan fe de un acto jurídico y de su fecha, son juristas, generalmente muy cualificados y expertos en Derecho, en especial Notarios, Registradores y Secretarios judiciales. Tampoco entre ellos se admiten las modernas técnicas. Ya en 1895 plantea el problema Heredia y Larrea en su obra «El testamento fonográfico». Pero, al cabo de un siglo, las soluciones siguen siendo las mismas.

Las historias nos cuentan las resistencias que tuvo que vencer la máquina de escribir para entrar en las oficinas públicas. No hace muchos años que ha comenzado a admitirse en las Notarías la firma con bolígrafo, a pesar de que la tinta del bolígrafo es más indeleble que la de la pluma convencional, y se fue admitiendo por el mero uso, no por permisión legal alguna. Menos años hace que han comenzado a utilizarse en las Notarías las fotocopiadoras, siempre que las fotocopias —también vistas con recelo por la Jurisprudencia, como puede verse en las Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1945, 21 de diciembre de 1955 o 17 de mayo de 1958— las autorice con su firma el Notario mismo (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1962), cuando la evidencia nos dice que la fotocopia ofrece una garantía de fidelidad con respecto al original que no puede ofrecer la copia a mano o a máquina. Y la misma fidelidad garantiza de la reproducción de la firma que se haya extendido en el documento original. Hay otras inconsecuencias. Se admite la huella digital en lugar de la firma cuando, por definición, el que imprime su huella no sabe el texto que acepta. Y se desprecia, en cambio, la firma digital que autentifica de una manera inequívoca al autor y la integridad del documento. Hoy la voz es perfectamente registrable en soportes del más variado tipo y existen técnicas para advenir la voz de una persona frente a imitaciones; y para detectar, cortes, añadidos o alteraciones de cualquier tipo. Pero la noticia no ha llegado a las esferas jurídicas.

El Reglamento notarial de 2 de junio de 1944 estableció en su artículo 247, con respecto a los documentos fehacientes, que «las copias y testimonios podrán ser manuscritos o impresos, en todo o en parte, por cualquier medio mecánico, sin otra limitación que la impuesta por la facilidad de su lectura, el decoro de su aspecto y su

buena conservación». Si interpretamos el adjetivo «impresos» y la expresión «facilidad de su lectura» con arreglo a la moderna terminología informática, vemos que, no sólo la fotografía y la fotocopia son admisibles, sino también cualquier soporte magnético o electrónico. Sin embargo, la Jurisprudencia sigue mirando a los primeros con gran prevención, como puede verse por las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1986 y 10 de abril de 1988. Esta última exige que los documentos sean «literosuficientes». Puede deducirse hasta qué punto estamos lejanos de que se acojan los novísimos soportes.

Que yo conozca, ningún Registrador de la propiedad o mercantil español ha admitido nunca un documento que no sea escrito, soportado en papel y autenticado por la persona legitimada para ello, extremo éste que también hay que demostrar en documento escrito en papel y firmado. Se conoce, desde hace tiempo, que la baja calidad del papel fabricado en determinadas épocas lo condenan a descomponerse en protocolos y archivos. Sin embargo, nada se hace por cambiar los mensajes a soportes durables, en perjuicio de los fines jurídicos de la documentación.

Se puede afirmar, por tanto, la ineficacia práctica de los nuevos soportes en los diferentes ámbitos de la Administración pública, aunque sustantivamente los actos jurídicos documentados se refieran y afecten tan sólo a la esfera privada. La excusa, más o menos cómoda para el funcionario, mas o menos preocupado por la garantía de terceros potencialmente afectados, será el silencio de la ley.

EL REGIMEN DE LAS PRUEBAS JUDICIALES

Tanto el Código civil cuanto las Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal regulan, en cambio, de una manera prolija cuanto se refiere a los medios de prueba en los juicios contenciosos. Las tres fuentes legales citadas tasan los medios de prueba, a diferencia de la Ley de Procedimiento administrativo que establece, en su artículo 88,1 que «Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba». Pero la inercia del escrito en papel se mantiene, sobre todo si se tiene en cuenta el futuro de un expediente, pues la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa establece que «La prueba se desarrollará con arreglo a las normas establecidas par el proceso civil ordinario» (artículo 74, 4). Aquí sí que hemos de hacernos eco de un giro favorable de nuestra Jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1986, después de sentar que el artículo 24 de la Constitución reconoce las garantías necesarias para utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, dice que lo contrario «sería retrotraernos a períodos superados de la Historia del Derecho: a aquellos en que imperaba la prueba tasada, en los que el juzgador venía esclavizado

por su sujeción a valoraciones dadas de antemano». Ciertamente que la Sentencia reseñada es de la Sala de lo contencioso administrativo. Pero el artículo 24 de la Constitución se refiere a cualquier procedimiento. En consecuencia, el principio que la Resolución viene a poner en claro, es aplicable a cualquier clase de normas que regulan la prueba en cualquier clase de Jurisdicción. La Sentencia, en cambio, de 24 de octubre de 1988 admite que se haga limitación de las pruebas por ley, aunque solamente por ley, olvidándose del artículo 24 de la Constitución.

Resumiendo las diferentes fuentes civiles y penales citadas, podemos decir que las pruebas se reducen a documentos públicos y solemnes; documentos privados y correspondencia; confesión de las partes; inspección personal del Juez; peritos; testigos; y presunciones (artículos 1214 a 1253 del Código civil; 578 a 666 de la Ley de Enjuiciamiento civil; 688 a 731 de la Ley de Enjuiciamiento criminal). Si se analizan todos estos preceptos referentes a las pruebas en juicio —tema prolijo y difícil, del que sólo se puede ofrecer aquí unas consideraciones generales— se observa que donde menos posibilidades se encuentran para la utilización con eficacia jurídica de los nuevos soportes es, precisamente, en la prueba documental, pública o privada.

Unas y otras leyes operan normativamente sobre la creencia de que el único documento posible es el escrito sobre papel, con una u otra eficacia, según sea o no fehaciente; lo admita o no la contraparte; y beneficie o perjudique a quien lo presente. Con todas las garantías, a mayor abundamiento, del cotejo de letras, reconocimiento de firmas, trámites de reconocimiento directo, etcétera. Todo ello es extensible a las presunciones, puesto que se ordena que sólo serán admisibles cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado. Y, en la mente de la ley, tan sólo se produce la acreditación completa por la prueba documental o en tanto en cuanto el resultado accede a un documento: el acta judicial fehaciente por la firma del Secretario competente.

En el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se abre una pequeña compuerta cuando establece que «El Tribunal examinará por sí mismo los libros, papeles y demás piezas de convicción que puedan contribuir al esclarecimiento de los hechos o a la más segura investigación de la verdad». Dentro de la expresión «piezas de convicción» hay que entender los documentos sustentados en soportes distintos al papel. Mucho más si se tiene en cuenta que el artículo 3.º del Código civil ofrece como uno de los criterios preceptivos de interpretación «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» las normas a interpretar. En el momento de redactar este párrafo se está procediendo por los Tribunales penales, en procedimientos distintos, a admitir o rechazar grabaciones acusatorias en cintas magnéticas. La admisión o exclusión no se hace, empero, en función de criterios documentarios ni, por supuesto, en relación con los soportes; sino en función de la legalidad o ilegalidad

del acto de la grabación. Pero el resultado, sea cual sea su motivación, es la admisión efectiva o implícita del soporte magnético, a pesar de la oposición del presunto inculpado a quien, sin duda, puede perjudicar; o de la acusación privada o pública, si le beneficia. Es conocido el hecho reciente de la localización policial de unos terroristas por la grabación en video de un particular que tuvo la sangre fría de captar los momentos sucesivos a una explosión. Esta debe ser, en su momento procesal oportuno, una pieza de convicción.

La obstrucción a las pruebas presentadas en nuevos soportes no es solamente legal y, en cierto modo, jurisprudencial. La Base 52 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento civil de 1966 establecía: «Se aplicará al régimen jurídico de los documentos, a efectos probatorios, a todas las cosas muebles susceptibles de ser incorporadas a las actuaciones». A esta redacción de la Base se opuso la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia y el Consejo General de la Abogacía, aunque este Organismo recomendaba que se especificasen cuales eran los medios nuevos de reproducción de imágenes y sonidos que debían ser admitidos como pruebas.

Más que en la prueba documental, pública o privada, las posibilidades de admisión de los nuevos o novísimos soportes pueden advertirse —si se quiere, puesto que existe un amplio margen para la decisión judicial—, en las pruebas periciales, testificales o de reconocimiento directo por parte del Juez.

La prueba pericial se admite solamente cuando para apreciar los hechos sean necesarios o convenientes conocimientos científicos, artísticos o prácticos. En el juicio civil la prueba puede practicarse de palabra o por escrito, que ha de ser ratificado. En el criminal, solamente de forma oral. Pero lo complicado de los conocimientos que se exigen al perito y lo complejo del caso sobre el que ha de recaer el dictamen pericial puede exigir la exhibición de documentos sostenidos en soportes novísimos. Piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento o identificación de la voz grabada en cualquier soporte apto; o en la presentación de un esquema complicado; o en la reproducción fija o móvil de una persona, actitud, movimiento o entorno. El perito, sea uno o varios de común acuerdo, puede considerar imprescindible para practicar su prueba la exhibición de mensajes literales o icónicos vehiculados en cualquier soporte. El Juez podrá o no admitirlo; pero la no admisión actuará como causa de justificación del perito del que se requiere una declaración y no la presta por voluntad de desobedecer, sino porque no puede.

Referido a los peritos, únicamente en la Ley de Enjuiciamiento criminal se prevé algo que se parece a este supuesto, en los dos párrafos del artículo 725: «Si para contestarlas [las preguntas y repreguntas] considerasen necesaria la práctica de cualquier reconocimiento harán éste acto continuo, en el local de la misma Audiencia si fuere posible.

En otro caso se suspenderá la sesión por el tiempo necesario, a no ser que puedan

continuar practicándose otras diligencias de prueba, entre tanto que los peritos verifican el reconocimiento».

Aquí podría haber también el supuesto de que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la Administración, conforme prevé el artículo 90, 1 de la Ley de Procedimiento administrativo. Los gastos pueden consistir en el coste que origine la prestación de instrumentos o aparatos que reproduzcan textos, sonidos o imágenes soportados en materiales distintos al papel.

Fundamento diferente tendría la admisión de soportes que no fuesen papel en el caso de los testigos. En el juicio civil se les exige que respondan a las preguntas o repreguntas de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuesta. Sin embargo, «Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o papeles podrá permitírsele que los consulte para dar la contestación» (artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Es evidente que se debe permitir la consulta cuando se refiera la pregunta a soportes que no sean libros o papeles, sea cual fuere su naturaleza. Por otra parte la fuerza probatoria testifical no se mide por la simple coincidencia de las declaraciones de los testigos, a menos que su veracidad sea evidente lo que, aparte de la evidencia directa del Juez, solamente podrá acreditarse por documentos. Y aquí las leyes no marcan la limitación de soportes que son admisibles, siempre que contribuyan a demostrar la verdad de los hechos alegados.

En la Ley de Enjuiciamiento criminal se establece que podrán las partes pedir que el testigo reconozca los instrumentos o efectos del delito o cualquiera otra pieza de convicción. Aparte de la amplitud de esta última expresión, pensemos que los instrumentos o efectos del delito pueden ser medios audiovisuales (así, por ejemplo, en los casos de calumnia o injuria o en los supuestos de violación del derecho de autor) y que estos pueden estar compuestos por cualquier soporte. En todo caso, la admisión de diligencias de prueba a lo largo del juicio penal queda más abierta y encaminada a la averiguación de la verdad. Así, por ejemplo, en el artículo 729, 2.º y 3.º, se admiten las diligencias de prueba no propuestas por las partes en el momento procesal adecuado, no sólo cuando el Tribunal lo considere necesario, sino, sean de cualquier clase, las que ofrezcan en el acto las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.

Dentro de este ambiente de recelo curial a las pruebas no tasadas y a las tasadas que no sean escritas en papel, resulta más progresivo el Código de Derecho Canónico promulgado el 25 de enero de 1983. A diferencia del viejo Código de 1917, admite, en el Canon 1567, 2, que las respuestas de los testigos se graben en un magnetófono (*machinae magnetofonicae*), aunque lo condiciona a que las respuestas se consignent después por escrito y sean firmadas, si es posible, por los que han prestado

declaración. Como consecuencia, el Canon 1569,1 ordena hacer oír al testigo lo que ha grabado en cinta magnetofónica, dándole la posibilidad de añadir, suprimir, corregir o modificar lo que juzgue necesario. Los Tribunales eclesiásticos interpretan el precepto de una manera extensiva, admitiendo la grabación en disco o en cualquier soporte en que pueda ser reproducida la palabra.

La inspección del Juez ofrece menos problemas, puesto que en la misma persona coincide el que aprecia la necesidad del documento y la admisión como prueba cualquiera que sea su soporte. Las leyes extienden el reconocimiento a cualquier sitio o cosa litigiosa y la reducen «a las exterioridades de la cosa inspeccionada». Puede decirse que el soporte es la parte corporal y, por tanto, externa del documento, a diferencia del mensaje, que es la parte intelectual del mismo. Pensemos en la utilidad que podría tener la extensión de documentos en soportes distintos al papel cuando el reconocimiento judicial ha de llevarse a cabo, por exhorto del Juez competente territorialmente, por otro Juez en un lugar geográficamente distante. Pensemos en la utilidad que ha tenido la fotografía, a pesar de las trabas que se le han puesto en antiguas Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 8 de octubre de 1902; y, por tanto, la que puede tener otro documento oral, gráfico o icónico en la averiguación de la verdad de los hechos, que es a lo que debe tender la prueba: «averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa». (Partida III, Ley 1.ª, Título XIV).

La inercia legal para la admisión de nuevos soportes se puede observar en que la ley no reconoce, en el procedimiento especial para los delitos cometidos por medio de la imprenta, más que el impreso, el grabado u otro medio mecánico de publicación. No se ha extendido a los mismos delitos cometidos a través de otro cualquier medio de comunicación social. Entre los artículos 816 a 823 de la Ley de Enjuiciamiento criminal se repite hasta seis veces la expresión «escrito o estampa» y dos veces «el molde de estos».

CONCLUSION

Por vía de síntesis se puede afirmar, resumiendo lo expuesto:

- 1.º Que los soportes novísimos, desde el momento en que constituyen una realidad y contribuyen al esclarecimiento de la verdad, tienen, en un plano general, pleno valor jurídico.
- 2.º Que, en la esfera privada, desarrollan y están llamados a desarrollar en intensidad las relaciones jurídicas de todo tipo. Y, por supuesto, las informativas.
- 3.º Que, en la esfera pública, la ley retarda su utilización por la demora fáctica en asimilar la realidad y los avances técnicos.

- 4.º Que las personas cualificadamente llamadas a desarrollar, interpretar y aplicar la ley no lo efectúan de una manera progresiva, sino con una inercia para la que les sirve de apoyo la letra de la ley o su silencio.
- 5.º Que, en el plano del deber ser, los novísimos soportes merecen ser admitidos legal y fácticamente, en tanto en cuanto sirvan como medios aptos para hacer patente la verdad y para mostrarla con rapidez; y en tanto en cuanto no perjudiquen a la contraparte, ni a los terceros.
- 6.º Que, no obstante las dificultades prácticas que la técnica encuentra, se puede prever que se abrirá camino lenta, pero irreversiblemente, en la vida jurídica por su carácter de realidad y merced a la fuerza creadora de la libertad humana.
- 7.º Que no será ajena a tal progreso la integración de nuestro País en las comunidades supranacionales, en las que una tradición tecnológica más intensa hace que personas, Organismos y Tribuna les miren con menos recelo los documentos vehiculados en soportes, no sólo novísimos, sino todavía desconocidos.