

En la sociedad de la digitalización, los medios de prueba son limitados, pero las fuentes infinitas

María Faubel, abogada del área de Derecho Procesal de BROSETA

La reciente proliferación de las vistas y actuaciones telemáticas impulsada por la situación sanitaria en la que nos vemos inmersos ha puesto en evidencia el patente retraso de la Justicia española en la implementación del uso de las nuevas tecnologías, a pesar de haberse cumplido ya más de una década de la entrada en vigor de la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia.

La mayor parte de los Juzgados y Tribunales de la geografía española no estaban dotados hasta hace apenas unos meses con los medios suficientes para desarrollar una testifical por videoconferencia, o la simple consulta del expediente digital de los autos en el desarrollo de la vista. Expresiones tales como “exhíbale usted el documento al testigo, que al estar digitalizado no me consta en el expediente físico” se escuchaban con demasiada frecuencia en el momento de que un testigo tuviese que reconocer alguno de los documentos aportados al procedimiento. Y, a la evidente falta de medios, había que sumar la arraigada tradición de la aportación de copia en papel de todo aquello que se desease incorporar al procedimiento. ¿Cuántas veces durante esta más de una década de vida del expediente digital los Juzgados habrán requerido a las partes para que aporten copia en papel de los escritos o documentos presentados previamente vía LexNet?

Siendo este el contexto, no resulta descabellado que conceptos como firma electrónica, hash, metadatos o tokenización aun sean totalmente ajenos al día a día de los operadores jurídicos. Y, sin embargo, no lo son en absoluto de la sociedad digital en la que nos relacionamos y en la que se encuentran presentes en las más cotidianas operaciones, ya sea para la apertura de una cuenta bancaria a través de la realización de un selfi, la firma de un contrato sin ni siquiera reunirnos con la contraparte, o la compra mediante monedas totalmente digitales.

La realidad es que a día de hoy todavía existe un desfase importante entre la realidad en la que operamos y el proceso judicial en el que litigamos. Y ello supone una gran pérdida de posibilidades a la hora de proponer y aportar pruebas de las que valerse en el proceso.

Pongamos un ejemplo. Tomamos una fotografía con nuestro dispositivo móvil y la almacenamos en la memoria del mismo. Con el simple gesto de tomar la fotografía, nuestro dispositivo, de forma totalmente automática, ha archivado tanto la imagen como el contexto en el que se toma. Ha recogido los datos del dispositivo que ha realizado la fotografía, las condiciones en las que se realiza –distancia del objeto, exposición a la luz, etc.–, el lugar en el que se ha realizado, y, además, es capaz

de reconocer los rostros de las personas que aparecen en la imagen a través del reconocimiento biométrico.

No obstante, cuando tenemos que aportar esa misma fotografía a un proceso judicial, por regla general, la copiamos y la pegamos en un documento, para que pueda ser impresa e incorporada a autos. Perdiendo por el camino todos esos datos que de forma totalmente automática nuestro dispositivo había sido capaz de recoger.

Cuando se trata de probar que lo recogido en la imagen ha acontecido, y las partes están de acuerdo con el contenido de la misma, no existe mayor problema en la pérdida de dicha información, pero ¿qué ocurriría si nos encontrásemos en un procedimiento en el que se está tratando de dilucidar no solo que se produjeron unos daños sino que en una fecha concreta los daños de una vivienda, por ejemplo, ya existían? La imagen, efectivamente, serviría para acreditar que los daños se han producido, pero si no se aportan los datos “extra” que el dispositivo recoge sobre la localización y la fecha, ¿cómo dará fe la imagen impresa de que los daños se corresponden con esa vivienda y que ya existían en esa concreta fecha?

Un claro ejemplo de la importancia que tiene aportar los datos que esconde una fotografía al procedimiento lo encontramos en el caso analizado en la Sentencia de la Sección 14 de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 13 de julio de 2018, en la que la geolocalización de la fotografía aportada fue determinante para la resolución del conflicto sobre el cumplimiento de la entrega de la mercancía.

Lo mismo ocurriría con un documento o correo electrónico que se aportase impreso. Información como la fecha de creación, el autor, las modificaciones, el servidor desde el que se ha enviado o los destinatarios son datos que en muchos casos resultarían esenciales para otorgar validez a lo que se pretende acreditar con los mismos. Y que, sin embargo, se pierden al sacar los documentos del medio digital en el que nacieron.

Un contrato rubricado por las partes de forma autografiada no contiene más datos que el propio contenido escrito del documento y la validez o no de la firma que pueda ponerse en duda mediante una pericial caligráfica. Sin embargo, un documento electrónico firmado digitalmente mientras no abandone el estatus de documento electrónico contendrá por sí mismo los datos suficientes para asegurar la fecha de creación, la identidad de las partes firmantes, el lugar y fecha de la firma, y la validez o no alteración de su contenido. Por tanto, la forma de incorporar las pruebas al proceso determinará el alcance probatorio de las mismas. Y es aquí cuando debemos volver a aquellas clases de derecho en las que aprendimos la

COYUNTURA ECONÓMICA Y BURSÁTIL

distinción entre fuente y medio de prueba.

El artículo 299 de la LEC recoge los concretos medios de prueba que resultan admisibles en el procedimiento civil. Y, precisamente, en el segundo de sus apartados recoge la posibilidad de emplear como medio de prueba cualquier medio de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas. Sin embargo, las fuentes de las que pueden obtenerse los archivos de palabra, imagen o sonido, son cada vez más prolíficos pues existen innumerables formas de relacionarnos (aplicaciones, redes sociales, webs...) o incluso de mostrar el consentimiento (firma digital/manuscrita, huella dactilar, claves, biometría facial, voz o un simple clic).

En este sentido se ha pronunciado de forma muy reciente el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su Sentencia 2925/2020 (ECLI: ES:TS:2020:2925) de fecha 23 de julio de 2020, en la que incide precisamente en la necesidad de interpretar el concepto de documento en sentido amplio para dar cabida a las nuevas fuentes de prueba entre los medios de prueba *numerus clausus* recogidos en la LEC: "El avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos,

lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). Si no se postula un concepto amplio de prueba documental, llegará un momento en que la revisión fáctica casacional quedará vaciada de contenido si se limita a los documentos escritos, cuyo uso será exiguo."

El quid de la cuestión será pues, aprovechar aquel medio de prueba que nos permita mantener la mayor información relevante de la fuente que pretendamos emplear.

No podemos permitirnos el lujo de perder información valiosa para la defensa de los intereses de nuestros representados por el mero hecho de tener que reducir la compleja realidad digital a una mera impresión en papel que pueda ser foliada y unida a un rollo. Por lo que, ahora más que nunca, debemos aprovechar el impulso que el COVID-19 ha impuesto y dar un salto hacia la tecnologización de la Justicia y los que en ella intervenimos.



 **Más información**

 **BROSETA**