

LA PRUEBA Y LA INFORMATICA EN EL DERECHO POSITIVO PERUANO

Rocío Rondinel Sosa

Profesora y Directora del Instituto de Informática Jurídica
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

INTRODUCCION

En las sociedades primitivas el sector económico giraba en torno de la agricultura y la ganadería en las sociedades industriales, los sectores fundamentales llegaron a ser la industria y los servicios; en la actual fase de la evolución social, el peso básico de la actividad económica gravita sobre la información.

La Información hoy es considerada como un valor y un bien representativo de poder en las sociedades desarrolladas revolucionando la economía, el comercio, las comunicaciones, la educación y los servicios en general, a tal punto que muchos estudiosos consideran que se ha dado inicio a una nueva era de la historia de la humanidad: la era informática.

Los modernos sistemas de almacenamiento y comunicación de la información también están cambiando los métodos tradicionales de operar en el mundo jurídico. Precisamente, la masificación de las relaciones comerciales mediante la automatización y la transferencia electrónica de fondos; es el flanco que ha facilitado el acercamiento entre el derecho y las nuevas tecnologías.

La revolución informática, se dice que, como en ninguna época de la historia del derecho ha puesto en crisis los conceptos jurídicos sagrados del derecho común que han convivido pacíficamente durante siglos orientando y guiando la actividad jurídica.¹

¹ Alvarez- Cienfuegos Suárez, José M., «Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos». En *Informática y Derecho* N15. III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, 1994, pág. 1273 y sgts.

Ante esta crisis, hoy se hace prioritario, tal como lo sostiene el maestro italiano Frosini abrir las fronteras del derecho hacia una nueva cultura, procediendo a una profunda revisión de la dogmática jurídica tradicional; así como la adaptación de la legislación y jurisprudencia a los cambios tecnológicos en que vivimos y; por supuesto, como abogados, jueces y fiscales hacer un esfuerzo y adaptarnos a estas nuevas realidades.

Con esta temática sobre el Derecho de la Prueba y la Informática pretendemos la demostración del documento informático como documento jurídico con valor probatorio y plantear que dentro de los alcances de la actual Legislación Peruana es posible admitir que los objetos producidos por las nuevas tecnologías pueden calificarse como medios probatorios con validez y reconocimiento jurídico.

A continuación, previamente algunos conceptos y principios sobre la prueba para luego referirnos a la naturaleza del documento informático y su valor

probatorio en la legislación comparada y sus alcances en la legislación peruana.

1. EL DERECHO DE LA PRUEBA

La palabra «Prueba» en sentido amplio puede darse a entender como los diversos medios que conducen la inteligencia al descubrimiento de la verdad. Desde este punto de vista, la probación o verificación de los hechos también se vincula a todos los campos del conocimiento humano.

La prueba en el derecho, constituye una de las instituciones más importantes del derecho. No siendo solo un instrumento procesal, sino un «medio ontológico existencial vinculado a los hechos humanos», como sostiene Silva Vallejo. Desde este punto de vista, la prueba llega a ser «una constelación de magnitudes y de dimensiones fácticas, axiológicas y normativas que evidencian la estructura pluridimensional del derecho».²

En el ámbito procesal, la importancia de la Prueba puede

² Silva Vallejo, José Antonio. «El sistema de la prueba en el Proceso Civil». En la Revista de la Facultad de Derecho de la UNMSM, 1994, pág. 526 y sgts.

medirse con el famoso aforismo «tener derecho a un derecho y no poder probarlo equivale a no tenerlo». Podemos señalar que la Prueba, es pues una estrategia metodológica que nos conduce a la verificación o demostración social de los hechos discutidos en el proceso y que es aplicable a todos los procesos (Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional, Tributario, Agrario, Internacional, Militar, etc).

Nuestro actual Código Procesal Civil legisla este tema bajo el título de los Medios Probatorios, en la Sección Tercera, Título VIII, artículo 188 y siguientes, señalando que los «medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones».

Como en toda teoría Jurídica, existen corrientes que sostienen puntos de vista contrarios sobre la naturaleza de la Prueba. Una de estas corrientes, es el Sistema de la Prueba Legal que influenciada por el formalismo otorga prioridad a la prueba literal o escrita, limitando la convicción del juez y señalándole el grado de apreciación o el valor de los medios probatorios. A tal punto, que el juez

dentro del Sistema de la prueba legal se encuentra encerrado en una camisa de fuerza frente al proceso. Por consiguiente, poco puede disponer sobre la actuación y valoración de nuevas pruebas y menos referirse a las nuevas tecnologías informáticas como medios probatorios.

Desde el punto de vista de las nuevas tecnologías, es particularmente importante el Sistema de la Prueba Libre, en tanto que se sustenta en la libre apreciación de las pruebas por el juez. En cuanto a los medios probatorios las partes tienen la libertad de probar los hechos que alegan «por todos los medios de prueba a su disposición».

En el Código Procesal Civil, la institución de la prueba se ubica dentro del Sistema de las Pruebas Mixtas, ya que refunde los dos sistemas anteriores, tanto el Sistema de la Prueba Legal como el Sistema de la Libertad de Prueba.

Tal es así que, el vigente Código Procesal Civil se aleja diametralmente del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1912, al postular la concepción publicista del proceso. Dentro de esta concepción, el juez tiene el privilegio de conducir el proceso

sobre las partes en la iniciativa, trámite y decisión.³

Al respecto el artículo 192 del Código Procesal Civil enuncia una relación de medios probatorios típicos o nominados (la declaración de parte, declaración de testigos, documentos, pericia y la inspección judicial). Sin embargo, el citado Código por medio del artículo 193 faculta a las partes acudir a otros medios probatorios atípicos o innominados constituidos por los «auxilios técnicos o científicos».

De esta forma, nuestro Código reconoce el sistema de la libertad de la prueba, posibilitando que los objetos producidos por las tecnologías informáticas puedan ser considerados como medios probatorios atípicos. Como sabemos, estas pruebas son propias del sistema de pruebas libres y su valoración se sujeta a criterios derivados de la ciencia, la técnica y la experiencia.

La tendencia del Código Procesal Peruano hacia el sistema de la Prueba Libre es reforzado, por la amplia facultad que se le otorga al juzgador para ordenar la práctica

de pruebas que considere convenientes, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes resulten insuficientes para formar convicción (artículo 194 del CPC). De tal manera, el juez puede ordenar de oficio, la actuación de medios probatorios que conduzcan a la verdad sobre los hechos controvertidos.

Estando permitido legalmente, que el juez puede acudir a los objetos producidos por las nuevas tecnologías informáticas como medios probatorios, si éstos conducen al descubrimiento de la verdad sobre los hechos que discuten en el juicio.

2. LA PRUEBA DOCUMENTAL

No todos los medios probatorios tradicionales tienen relación directa con las nuevas tecnologías. Desde este punto de vista, solo la Prueba Documental puede estar directamente vinculada a los avances de la automatización tanto por la vía informática como Telemática.

³ Monroy Gálvez, Juan. Un nuevo Código Procesal Civil, orientaciones y tendencias. Revista de Derecho, Arequipa, Diciembre de 1993, N1. 298, pág. 20.

El documento en sentido estricto es considerado como el «escrito o sea como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje ...»⁴, y susceptible de contribuir a la prueba de los hechos en el proceso.

En su significación amplia, el documento puede ser la representación de un hecho u objeto perceptible que puede servir de prueba en un proceso.⁵

En la tradición jurídica ha prevalecido la Teoría del Documento como escrito impreso en papel, refrendado mediante una firma. Desde este punto de vista se ha considerado al documento como prueba privilegiada, única e insustituible. Se sostiene que el documento escrito, refrendado mediante una firma o signatura no se puede modificar fácilmente. Y, en tanto prueba preconstituída se dice que el documento acredita, demuestra derechos y obligaciones

dentro y fuera del proceso. Así, a todo acto que sea formalizado en documento escrito se le reconoce fuerza probatoria.

Esta dependencia del documento escrito, a la que rendimos tanta pleitesía los abogados y jueces; hoy, es considerado como un medio de probanza bastante limitado. En razón, de que en la realidad se vienen realizando importantes operaciones bancarias, comerciales utilizando la vía informática o telemática en las cuales desaparece el documento como escrito, impreso en papel para ser reemplazado por el documento electrónico.

Para sustentar que el documento electrónico o informático es realmente un medio probatorio haremos referencia a la Teoría Representativa, según esta corriente prueba es todo objeto representativo que pueda informar sobre un hecho o sobre otro objeto.⁶ Bajo esta óptica, el documento no está restringido a la forma escrita,

⁴ Rouanet Moscardó, Jaime, «Valor Probatorio Procesal del Documento Electrónico». En *Informática y Derecho*, N° 1. UNED, pág. 168.

⁵ Gonzáles Aguilar A., Carrascosa López V., y OTROS, «El derecho de la prueba y la informática». En *Informática y Derecho*, 2. UNED, 1991, pág. 30 y sgts.

⁶ Ibid., pág. 32.

ni a la naturaleza del soporte en este caso al papel o impreso.

Al respecto, consideramos que nuestros Códigos Procesales (C.P.C. artículos N1 233 y 234) y (C.P.P. artículo 231) han asimilado la Teoría Representativa del Documento, abriendo el abanico de los medios probatorios además de los documentos escritos a otros objetos como las **fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho o una actividad humana o su resultante.**

De esta forma el artículo 234 del C.P.C. posibilita que los objetos creados por las nuevas Tecnologías como los diskettes, cintas magnéticas, programas informáticos, CD ROM, medios ópticos, micro archivos, micro grabaciones se puedan considerar como medios probatorios jurídicos.

3

LA DESMATERIALIZACION Y DESPERSONALIZACION DEL DOCUMENTO ESCRITO

La existencia de un

documento escrito registrado en un soporte de papel y acompañado de una firma, facilita la personalización del documento y su directa identificación sin la mediación de terceros. Esta característica ha privilegiado al documento escrito como prueba.

Sin embargo, la introducción de la Informática en la sociedad ha creado un nuevo tipo de lenguaje, obtenido por mediación de un aparato electrónico. Lo cual, ha originado un nuevo concepto de documento de naturaleza sui generis que se encuentra cada día más cerca del calificativo de documento jurídico.

Sin duda, el documento informático plantea serios problemas, en relación a su visualización y personalización.

En efecto, la información contenida en soporte informático se encuentra simbolizado en un lenguaje binario que no es directamente accesible ni visualizable, siendo necesario la utilización de pantallas o impresiones.

Por otro lado la despersonalización del documento electrónico plantea ciertos problemas respecto a la seguridad

y que a las nuevas tecnologías está obligando a crear los medios que permitan el reconocimiento y la autenticación de los documentos electrónicos que a continuación señalaremos:

- **EL CODIGO SECRETO**

Permite proteger la información mediante una combinación cifras o letras que solo el sujeto, lo conoce y digita sobre el teclado del sistema que va utilizar.

LA CRIPTOGRAFIA

Es un mecanismo de seguridad informática, que consiste en codificar el texto o la información a transmitir con la ayuda de signos claves o algoritmos. La información así tratada, deviene en incomprensible para cualquier persona que no posea al clave de desciframiento.

- **LOS RASGOS BIOMETRICOS**

La Biometría es una disciplina que estudia las características mesurables de los seres humanos, en el ser humano

existen rasgos exclusivos que pueden ser tomados como identificatorios por ejemplo: la huella digital, el reconocimiento de la voz, la sangre de los tejidos, etc.

- **LOS FEDATARIOS O TERCEROS CERTIFICADORES**

Que como los notarios no solamente son abogados sino que poseen conocimientos en las nuevas tecnologías y que pueden dar fe de los procedimientos electrónicos reconocidos por la ley como productores de objetos jurídico-informáticos.

4. NATURALEZA O CARACTERISTICAS DEL DOCUMENTO ELECTRONICO O INFORMATICO

El documento electrónico, como se ha señalado, posee una naturaleza sui géneris. Por lo cual, existe una fuerte oposición a admitir que éste constituye un documento como cualquier otro. Se sostiene que el lenguaje electrónico es de naturaleza magnética y un medio para hacer funcionar a la máquina, no perceptible para el sentido humano.

Sobre este punto, los juristas jus informáticos⁷ afirman que el documento electrónico como cualquier otro documento posee lenguaje y escritura convencional. En tanto que, el legislador no especifica el tipo de escritura que debe tener el documento, éste puede tener una escritura natural o convencional. Finalmente, ha llegado el momento de considerar y reconocer jurídicamente que la inteligencia humana puede crear lenguajes y escrituras convencionales cuya utilización se convierten en una forma común de existir en nuestras actividades cotidianas.

El documento escrito resulta ser entendible en forma directa desde el momento de su creación. En tanto que, el documento informático es ininteligible en su contenido y no puede ser captado de manera directa por el común de las personas.

Al respecto, la ley no precisa que el documento necesariamente debe ser leído o inteligible inmediatamente después de su creación.

Sobre esta objeción, hoy la legislación admite como documentos, por ejemplo, los microfilms, microfichas, etc., que requieren de la ayuda de aparatos específicos (lectores ópticos, pantallas, etc.) para ser visualizados y leídos.

De tal manera, que no es un requisito que un documento puede ser o no entendible desde el momento de su creación, ya que el legislador no señala este requisito. Habiéndose salvado este primer escollo, los juristas tradicionales, plantean la objeción que el documento electrónico no ofrece seguridad, ya que éste puede fácilmente cambiar sin dejar huellas. En tanto que, el documento escrito es una prueba por excelencia, permanente, durable y fiable.

El carácter de irreversibilidad del documento escrito, impreso en papel, acompañado de una rúbrica es bastante relativo. El documento escrito como el documento electrónico corren los mismos riesgos de adulteración, pérdidas,

destrucción, etc. y pueden ser protegidos por la ley penal.

La signatura o firma, es uno de las partes resaltantes del documento escrito. Quienes objetan al documento electrónico, señalan que no permite la identificación del autor o la persona que expresa una orden, un pedido, etc. Este es uno de los argumentos fuertes con el cual se está enfrentando la tecnología informática. Al respecto, se está viendo la manera de reemplazar la signatura manual por la signatura electrónica utilizando técnicas que permitan realizar la firma electrónica. Al margen de esta crítica, la despersonalización del documento electrónico no es absoluta, detrás siempre existe una voluntad humana, puede ser el propietario del sistema o un autor intelectual.

Respecto a lo **desmaterializado del documento electrónico de que** no es fácilmente visible o perceptible a cualquier persona como lo es el documento escrito. Si bien, los impulsos electrónicos que activan el lenguaje binario en una computadora no son visibles. Sin embargo, existen

signos concretos en donde se almacenan los registros informáticos como los discos ópticos, diskettes, listados de impresora, disco duro, etc.

5. VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO INFORMATICO

La Teoría de la Representación sobre la Prueba, posibilita que cualquier objeto capaz de representar un hecho o acto jurídico pueda ser considerado como medio probatorio.

En consecuencia, como los sostienen Audilio Gonzales⁸ la Teoría de la Representación permite una escapatoria jurídica a la problemática planteada por la aparición de los documentos electrónicos y su verdadero valor en la realización de operaciones, en las cuales, está la interferencia de la informática y Telemática.

En la legislación comparada, la Teoría de la Representación es aceptada por la

⁸ Gonzales Audilio y Otros, Ob.cit. p ag. 71 y sgts.



Admitido el documento electrónico como medio probatorio, por analogía pueden aplicarse para la probanza de los documentos informáticos los otros medios probatorios como el Cotejo, Exhibición, Tacha, previsto para los documentos escritos, así como el Peritaje para la certificación del Documento Electrónico.

6. **VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS INFORMATICOS EN LA LEGISLACION PERUANA**

El campo de la legislación, se encuentran cada vez más desadaptada de la realidad, en tanto que, no han sido previstos en las leyes los cambios que las nuevas tecnologías deberían producir en nuestras actividades cotidianas y, los problemas que darían origen la aplicación y el uso de la informática y telemática.

Es así que, tomando conciencia de que la tecnología actual empieza a manejar nuestros actos, surge la necesidad de regular legalmente nuevas figuras de conductas, hechos y objetos. La legislaciones de muchos países vienen modernizándose asumiendo nuevos conceptos que obligan a los

juristas ha elaborar la doctrina con nuevos enfoques jurídicos.

Nuestra legislación a través de la Constitución ha empezado a darle reconocimiento a la existencia de información procesada mediante la tecnología computarizada que almacenan datos que afecten la intimidad personal y familiar (art. 2^{do}, inc. 6^{to}).

En los Códigos Procesales Civil y Penal la influencia de la Teoría Representativa es notoria y se expresa por ejemplo en la artículo N1 233 del C.P.C. cuyo texto específicamente reconoce como documento no solo al «escrito» sino a todo «objeto que sirva para acreditar un hecho». Es un avance significativo que el artículo N1 234 del mismo Código califique como medios probatorios a las «fotocopias, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún resultado». De esta forma, el código procesal está admitiendo la existencia de objetos que no pueden ser los producidos por las nuevas tecnologías como medios probatorios.

El Código Procesal Civil

contiene artículos adicionales que otorgan por ejemplo facultades al juez para que de oficio pueda disponer la actuación de medios probatorios que considere conveniente y la valoración de las pruebas de acuerdo a las reglas de la sana crítica o apreciación razonada.

En las normas de los derechos de autor (D.L. N1 822) y en las disposiciones dictadas por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI (Texto Unico de Procedimientos Administrativos D.S. 009-93-ITINCI del 03/02/94) se reconoce la protección a los programas informáticos como documentos incorporados en soportes magnéticos y además se extiende el registro de obras intelectuales protegibles a «otros objetos similares y análogos».⁹

En el Código Tributario, específicamente en el inciso 9no. del artículo 87 del Decreto Legislativo Nro. 773 de fecha 30 de diciembre de 1993, se hace referencia expresa al soporte informático en aplicaciones que incluyan datos de

carácter imponible.

Finalmente, en materia de Archivo Informático se ha dado el Decreto Ley N1 681 ampliado por el Decreto Legislativo Nro. 827 del 31 de mayo de 1997, el cual comentaremos a continuación:

El Decreto Legislativo Nro. 827 tiene por finalidad regular el uso de tecnologías avanzadas en materia de archivo de documentos, información elaborada en forma convencional cuanto la producida por procedimientos informáticos en computadora.

Por este dispositivo legal se otorga valor legal a los archivos conservados en microformas, procedimientos técnicos de micrograbación, microfilmaciones; producidos con el objeto de ahorrar espacio y costos a las empresas.

Esta ley también establece la tipificación de los siguientes objetos informáticos:

- LA MICROFORMA

Documento informático que

contiene la imagen de un documento, grabada en un medio físico la cual puede ser vista o leída mediante la utilización de procesos fotoquímicos o electrónicos en equipos de videos, pantallas, o reproducido en impresoras.

- **MICRODUPLICADO**

Es la reproducción o copia de las microformas.

- **MICROGRABACION**

Es un proceso por el cual se obtienen la microformas a partir de documentos originales en papel o material similar.

- **MICROARCHIVO**

Conjunto de microformas grabadas con índices que permiten su recuperación o reproducción.

VALOR PROBATORIO

El D.L. N° 681 señala que para obtener **valor probatorio** estos medios informáticos deben reunir los requisitos que esta ley señala en el art. 5 y son:

- Que los procedimientos técnicos empleados en la

confección, duplicados y copias de las microformas deben ceñirse a las normas nacionales e internacionales existentes. Las mismas que deben garantizar que las Microformas posean las cualidades de : Durabilidad, Inalterabilidad y Fijeza.

- La presencia de un notario público o fedatario quien deberá dirigir y responsabilizarse del proceso de micrograbación.

FEDATARIO

La ley señala que los fedatarios son funcionarios como los notarios que pueden dar fe de las microformass y microfichas. Al respecto el artículo 3^{ro} del D.L. N° 681 señala que para ser fedatario se requiere: tener los requisitos exigidos para ser notario pbdico; registrarse en el Colegio de Abogados y tener un diploma de Idoneidad Técnica. El Reglamento de la Ley menciona que esa capacitación técnica lo pueden realizar las universidades o los institutos, etc.

En esta ley esta previsto el reconocimiento, la exhibición, tacha, peritaje y el cotejo de la microforma, con arreglo a las normas comunes del Código

Procesal Civil.

VALOR ADMINISTRATIVO

La ley referida señala también el valor administrativo de los microarchivos y su contenido (planillas, estados financieros, etc.) estos soportes son validos para cualquier revisión de orden contable, tributario, auditorías públicas o privadas. Pueden ser exhibidos en aparatos visores sin necesidad de copia de papel.

AUTORIZACION PARA LA POSESION DE MICROARCHIVOS

La posesión de

microarchivos y sus procedimientos respectivos de obtención, son autorizados por la Superintendencia de Banca y Seguros y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores.

PROTECCION PENAL

La falsificación o adulteración de las microformas, microarchivos y micrograbaciones durante el proceso de grabación se reprime como delito contra la fe pública conforme lo regulado por el Código Penal.