

UNA PALANCA SIN PUNTO DE APOYO

(Valor probatorio del documento electrónico)

DR. JORGE M. BEKERMAN

Abogado, (argentino), docente universitario especialista en Derecho Informático, autor de numerosas publicaciones sobre transferencia electrónica de fondos, socio de BEKERMAN & WAIGMAISTER - ASESORES JURIDICOS DE EMPRESAS

SUMARIO

La transferencia electrónica de fondos, herramienta con la que los bancos contribuyen al progreso económico y el desarrollo social, crece en un medio que no le brinda seguridad jurídica.

Las reglas sobre prueba generalmente establecen que los contratos deben probarse por instrumento por escrito y firmado por las partes. Estos instrumentos deben confeccionarse sobre papel.

La aceptación del valor probatorio de los registros de computadora, es decir de los documentos electrónicos, enfrenta dos obstáculos: a) una rígida adhesión a las definiciones tradicionales de *escritura, firma y original*; b) un lastre cultural. Estos obstáculos pueden ser superados por medio de una reforma legislativa o logrando que los juristas acepten un significado más amplio de sus términos, es decir, por medio de una reforma cultural. La reforma legislativa por sí sola no será nunca suficiente e irá siempre a la zaga de los adelantos tecnológicos. La reforma cultural por sí sola será demasiado lenta para las necesidades de la actividad bancaria. En consecuencia, es necesario avanzar con ambas conjuntamente.

Los bancos deben auspiciar la conformación de grupos interdisciplinarios de abogados y técnicos en computación dedicados a la tarea de investigar y difundir conocimientos y proponer reformas legislativas que posibiliten superar, respectivamente, las barreras culturales y legales que se oponen a un desarrollo seguro de la transferencia electrónica de fondos.

INTRODUCCION A UNA PARADOJA

La observación de la realidad, así como los datos que de ella se obtienen por vía de la estadística, informan la existencia de una relación directa entre el desarrollo económico social y el progreso cualitativo de la actividad bancaria.

Ese progreso cualitativo se opera por varios medios; entre ellos por la incorporación de la informática y la telemática a la operatoria corriente de las entidades financieras.

Es también un dato de la realidad que comercio es crédito y crédito significa confianza; sin confianza no hay comercio.

Los bancos, también llamados instituciones de crédito, operan entre sí y con los terceros sobre una base primaria y primordial de confianza.

Este basamento ha inducido un crecimiento asociado al desarrollo tecnológico. A la velocidad del progreso tecnológico en las últimas décadas se suma el vértigo que la creatividad de las instituciones financieras impone al perfeccionar continuamente nuevas aplicaciones de las cambiantes tecnologías.

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre una consecuencia de ese rápido crecimiento: la disociación existente entre las normas y tradiciones jurídicas y la actividad bancaria de transferencia electrónica de fondos y datos.

Esta reflexión permitirá apreciar en su verdadera dimensión la importancia de esa asociación relativa, las consecuencias que de ella se derivan para la actividad bancaria y su evolución, como así también elaborar propuestas para armonizar el quehacer de la banca con el andamiaje jurídico sobre el que se sustenta.

IMPORTANCIA DE LA TRANSFERENCIA ELECTRONICA DE FONDOS

Es timo redundante, en atención a la formación profesional y actividad de los destinatarios de este trabajo, destacar la importancia que la transferencia electrónica de fondos tiene respecto de la actividad bancaria, hoy.

Si como mero ejercicio intelectual se intenta imaginar un mundo en el que los bancos no dispongan de computadoras y telecomunicaciones para operar, sólo podría recordarse un pasado. Pero imaginar es una actividad creativa, no reconstituir la historia.

Es así que la imaginación indujo la adopción de las nuevas tecnologías por la actividad bancaria para generar el progreso cualitativo al que nos referimos en la introducción.

Incorporadas las nuevas tecnologías, la imaginación de los bancos hizo que estas se transformaran a su vez en motores del desarrollo tecnológico, asociando ambas actividades, la financiera y la técnica, por una doble vía y con un continuo feed back. El camino que iniciaron separadas y hoy recorren juntas no puede ser interrumpido ni desandado. Su propia fuerza y el impulso adquirido recuerdan una vieja historia.

UN PRESENTE CON HISTORIA

La vieja historia a que me refiero es la del progreso del Hombre. La humanidad produce continuamente cambios y la suma de estos es su evolución. Los hombres, en su continuo progreso, no consultan a los juristas para saber si pueden cambiar. Producen los cambios y luego sobrevienen las alteraciones o adaptaciones de la normativa jurídica a la realidad modificada.

Esto es así porque, con un enfoque lapostolista, el Derecho es obra del hombre y como tal imperfecto. Ante una consulta de quien ejerce una actividad comercial, el jurista no puede con honestidad dar respuestas confusas y calificadas de absolutamente seguras e indubitables. En definitiva, si se plantea un conflicto, la decisión definitiva también será obra imperfecta de otro jurista, el juez.

Ante esta falta de seguridades absolutas el hombre, o la entidad financiera, urge por su imaginación creativa y la constante evolución y modificación del medio. Avanzan. Los problemas legales serán re-

sueltos cuando se planteen. En definitiva, prefieren trabajar basados en la confianza, es decir el crédito, antes que sobre una Inmovilizante, por inháltable, seguridad absoluta.

¿HACIA UNA SOCIEDAD SIN PAPELES O HACIA UNA SOCIEDAD CON MENOS PAPELES?

La Ciudad de Buenos Aires, sede de este Congreso, tiene muchos edificios agrietados. Algunos de ellos pertenecieron al Poder Judicial y debieron ser evacuados total o parcialmente. El motivo fue que sus estructuras no resistieron la tremenda carga de los papeles generados por un procedimiento actuado.

Por imperativo de la ley procesal, todo deber ser expresado por escrito o bien documentado por escrito. La suma de esos escritos debe ser archivada y su peso rebuzca hierros, quiebra cemento y rompe ladrillos.

Mientras esto sucede, los ordenadores y las telecomunicaciones permiten que contratos por sumas millonarias se instrumenten en impulsos electrónicos archivados en bases magnéticas. El equivalente a cientos de expedientes judiciales se registra en un disco de mínimo peso.

Pero, cuando surge un conflicto, recurrir a la Justicia puede significar la necesidad de convertir esos impulsos electrónicos en resmas de papeles impresos.

La cuestión que se plantea es si es factible, cuando menos en el limitado ámbito de la actividad bancaria, una sociedad sin papeles o sólo con menos papeles: en este último caso, ¿temporaria o definitivamente?

ACERCA DE LA HISTORIA DE LA PRUEBA Y LA INFALIBILIDAD DEL PAPEL

Una de las diferencias fundamentales entre el Derecho latino y el common law es el valor asignado a los medios de prueba.

Históricamente, el testimonio, como hoy sucede en el common law, era el medio fundamental de prueba, solo superado por la confesión.

Es natural que así haya sido, ya que la alfabetización masiva es relativamente reciente. Además, la escritura se asentaba sobre medios muy seguros y difíciles de transportar, como la piedra, o bien sobre quebradizos como las tablillas de arcilla.

Con la aparición del papel comienza a producirse una transformación que obedeció también, en un principio, a los escasos medios técnicos disponibles para asentar la escritura.

La tinta, las plumas utilizadas para escribir y las

pocas personas que poseían el conocimiento para hacerlo, son elementos que coadyuvaron a que el papel escrito fuera reconocido como un instrumento inalterable y confiable.

Estas circunstancias fueron modificadas por el progreso pero las modificaciones no fueron reconocidas por la sociedad, en especial en el caso del Derecho latino.

Watzlawick, en su Teoría de la comunicación humana, afirma que un fenómeno es inexplicable en tanto el margen de observación no sea lo suficientemente amplio como para incluir el contexto en el que el fenómeno tiene lugar. Continua diciendo que la imposibilidad de comprender las complejidades de las relaciones que existen entre un hecho y el contexto en que aquel tiene lugar, lleva a atribuir al objeto de estudio ciertas propiedades que quizás el objeto no posee, o a la inversa.

Esta cita nos permite comprender porque, aún hoy, se insiste en adjudicar al papel escrito el carácter mágico de prueba irrefutable de su contenido.

El margen de observación no incluye el contexto que hoy rodea al papel escrito.

Las firmas pueden ser imitadas por quien sepa manejar una estilográfica, y este es conocimiento común. El papel se produce masivamente, por lo que es fácil obtener el material para producir un instrumento falso. La escritura se hace con máquinas, por lo que la caligrafía desaparece como elemento básico de identificación. Existen elementos para alterar el contenido sin alterar la base papel. En definitiva, el papel escrito ya no ofrece la seguridad que brindaba en su contexto histórico, cuando se le adjudicó la fuerza probatoria que hoy es negada a elementos técnicos mucho más difícilmente alterables, como es el caso de los documentos electrónicos.

HALLAZGOS Y RECOMENDACIONES DE LA UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Legislación Comercial Internacional encaró un estudio acerca del valor legal de los registros de computadores. En él se señala que existen muchas normas legales que requieren el uso de documentos base papel en las transacciones civiles y comerciales.

Luego de puntualizar las razones por las cuales entiende que existe este requisito, la UNCITRAL adoptó una recomendación a los Gobiernos para que revisen las normas legales relativas a la prueba, los requisitos de que los documentos civiles y comerciales sean escritos y con firma manuscrita, y que los documentos para ser remitidos a los gobiernos cumplan con iguales requisitos, todo ello con vistas a permitir, cuando resulte apropiado, el uso de computadores y la transmisión de documentos y datos en forma legible por computadora.

EL PROBLEMA: INEXISTENCIA DE LO EXISTENTE.

La recomendación adoptada por la UNCITRAL nos permite determinar con claridad el problema que se plantea en materia de transferencia electrónica de fondos y datos: probar que lo que existe, existe.

Desde un punto de vista jurídico se debe distinguir entre el mundo del ser y el mundo del deber ser.

El mundo de ser es el de la realidad de la actuación de las entidades bancarias, en cuanto es materia de este trabajo.

Los bancos efectivamente realizan todo tipo de operaciones por medio de computadoras. El intercambio entre sus ordenadores queda registrado sobre bases magnéticas en forma solo legible por computador. Los fondos se debitan y acreditan, los contratos se celebran y cumplen, la propiedad de los bienes se transfiere.

El mundo del deber ser es el de las normas jurídicas que rigen las acciones que se cumplen en el campo del ser. Los ordenamientos jurídicos determinan los hechos y los medios en que los hechos del mundo del ser deben ser aprobados. Esos hechos no existen, para los tribunales, hasta tanto no se haya cumplido con lo establecido por las normas jurídicas pertinentes para probar su existencia.

Si para probar el acaecimiento de un hecho, la legislación impone la presentación de un instrumento escrito sobre base papel y firmado por las partes, ese hecho no existirá si no se presenta tal instrumento.

LA PARADOJA PRESENTADA.

La mayor parte de las legislaciones nacionales de los países de Derecho latino exige la prueba por escrito de los contratos, con la excepción de aquellos que no superan un muy bajo importe.

En consecuencia, en esos países, los contratos celebrados entre computadoras no podrán ser probados.

Se plantea entonces una situación doblemente paradójica: la utilización de computadoras y medios telemáticos, una de cuyos funciones esenciales es tornar más simples y rápidos - en cuanto a sus aspectos instrumentales - las relaciones entre las partes, ocurre como consecuencia que lo que efectivamente sucede y existe no existe para el Derecho. Por otra parte, para que lo que sucedió y existe en el campo del ser también haya sucedido y exista en el campo del deber ser, debe recurrirse a la tradicional forma de instrumentar contratos y operaciones bancarias lo que significa, en la práctica, negar su utilidad a la transferencia electrónica de fondos y datos por la necesidad de sentir comprobantes escritos sobre base papel y

firmados por las partes.

LOS PILARES DEL DISEÑO.

En una ponencia presentada al Congreso sobre Informática Jurídica que se celebró en Roma del 16 al 20 de mayo de 1988 afirmé que la incorporación de la noción de documento electrónico a la normativa jurídica y la aceptación de su valor probatorio dependen, ambas, de la superación de barreras culturales más que legales.

Las definiciones de *escritura*, *firma* y *original* son los pilares de esas barreras: su modificación es condición necesaria para que el ordenamiento jurídico incorpore y regule las nuevas realidades tecnológicas.

Esa modificación puede lograrse por dos vías. Una es la reforma legislativa, la otra la aceptación por el jurista de un significado más amplio que el que la tradición le da; es decir una reforma cultural.

La reforma legislativa sola no será nunca suficiente e irá siempre a la zaga de los adelantos tecnológicos. La reforma cultural sola será demasiado lenta para las necesidades de la actividad bancaria.

En consecuencia, es necesario avanzar con ambas conjuntamente.

VARIACIONES SOBRE UN ORIGINAL.

El concepto de *original* se asocia tradicionalmente al instrumento base papel.

En el caso de los contratos celebrados entre computadores, el instrumento original será la base magnética modificada por los impulsos electrónicos intercambiados para concluir la transacción.

No son originales las salidas en pantalla ni por impresora.

Las mismas son sólo copias del original, como lo hemos definido precedentemente. Estas copias tienen la peculiar característica de no tener la misma forma ni apariencia que el original, pese a reproducirlo fielmente. La diferencia en forma y apariencia es fácilmente perceptible: el original, a diferencia de las copias, no es directamente legible por el hombre.

En caso de conflicto judicial, el juez requerirá siempre poder conocer el contenido del documento electrónico.

Los terceros a los cuales el documento electrónico deba oponerse también requerirán conocer su contenido.

Es decir, que la prueba del documento electrónico requerirá siempre la exhibición de una copia legi-

ble por el hombre.

Esta copia deberá valer como original para poder ser prueba eficiente, conforme la regla que establece que la mejor prueba de la existencia de un objeto cualquiera es la presentación del objeto mismo.

Una modificación legislativa dotando de valor de original a una copia obtenida en determinadas condiciones de seguridad y con características de inalterabilidad es un principio de solución.

Pero esta solución no es total, ya que el documento original debe estar siempre disponible y en condiciones de ser consultado. Las sucesivas modificaciones técnicas que la industria de la computación introduce conspiran contra esa posibilidad. En consecuencia, una de las principales cuestiones a tener en cuenta es la de como asegurar que permanentemente se disponga de los medios para consultar el documento original sobre base magnética, como así también que esta última no sufra deterioro.

Sin seguridades técnicas o una imaginativa modificación legislativa, sería necesario recurrir a guardar una copia papel o sucedánea, como el microfilm, con lo que prácticamente desaparece el interés de otorgar valor probatorio al documento electrónico al tergiversarse sus ventajas comparativas de orden práctico.

LA ESCRITURA COMO FORMA DE EXPRESION DE UN LENGUAJE.

La escritura es una forma de expresión y transmisión de un lenguaje.

Cuando la norma jurídica establece la exigencia de la forma escrita para los contratos la define por oposición a la oral o gestual.

La imposición de la forma escrita como condición de validez del contrato y valor probatorio del instrumento tiene por objeto asegurar la autenticidad e inalterabilidad de la declaración de voluntad.

Tal cual dijimos anteriormente, en este mismo trabajo, los medios técnicos disponibles hacen del documento electrónico un instrumento cuando menos tan seguro como el asentado sobre base papel. Diversos recaudos de seguridad incorporados tanto al hardware como al software, como así también a los medios de comunicación entre ordenadores, garantizan eficazmente la autenticidad e inalterabilidad de los documentos electrónicos.

Como la forma escrita aparece como asociada indisolublemente a la base papel, la superación de esta barrera para la aceptación del valor probatorio del documento electrónico parece ser una cuestión cultural más que legal, sin perjuicio de la conveniencia de introducir una reforma legislativa que determine ex-

prosamente que no es forma escrita sólo aquello que aparece asentado sobre el papel.

LA FIRMA COMO FORMA DE IDENTIFICACION

Cuando pocos eran quienes sabían escribir, también eran pocos quienes sabían firmar.

Hoy en día la firma manuscrita es una forma de identificación popular que ofrece una seguridad muy relativa, como lo atestiguan innumerables documentos incluidos en causas penales por falsificación.

Al igual que en el caso de la escritura, los medios técnicos disponibles permiten afirmar que los códigos electrónicos de identificación personal son cuando menos tan seguros como la firma manuscrita.

Es necesario desprenderse del lastre de una tradición secular para volver a los orígenes. La firma fue siempre un código de identificación personal. Como tal, debemos admitir que no es única y de la verdad de esta afirmación existen pruebas en todas las legislaciones nacionales. Tanto en procesos civiles como comerciales o penales se admite la validez de otras formas de identificación personal que no son directamente apreciables por el juez como, por ejemplo, la huella dactilar.

Para determinar la identidad entre quien se dice autor de la huella digital y esta última se debe recurrir a medios técnicos periciales.

Cabe concluir pues que los códigos de identificación de los usuarios de computadoras pueden fácilmente ser aceptados como equivalentes a firmas manuscritas. El único obstáculo real es de índole cultural. Superado este, la legislación podrá ser fácilmente modificada para eliminar el carácter excluyente de la firma manuscrita como medio de identificación de las personas, admitiendo otros medios igualmente seguros y confiables como son los electrónicos.

EL ESTADO ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA DEL VALOR PROBATORIO DEL DOCUMENTO ELECTRONICO

En los países del common law se han registrado grandes avances en materia de admisión del valor probatorio del documento electrónico.

En Europa se está trabajando a nivel internacional para encontrar soluciones comunes a la problemática planteada por esta cuestión.

En América Latina las legislaciones no tienen un grado de evolución uniforme en esta materia.

Es deseable iniciar estudios a nivel internacional para compatibilizar las legislaciones en esta materia.

Mientras esto no ocurre, los bancos continúan avanzando en el uso de la computación para celebrar sus transacciones. Una economía gigantesca se desarrolla sin una adecuada base jurídica. La seguridad no puede basarse sólo en la confianza.

Es conveniente darle puntos de apoyo firmes para el caso de conflictos que deban ser dirimidos por los tribunales.

Por otra parte, la acción de los bancos avanza con una rapidez que la experiencia histórica demuestra que no es la propia de la moralidad de la actividad legiferante.

Además, las leyes no pueden ni deben ser tan detalladas que un leve apartamiento de su letra produzca el efecto no deseado de tomar inviable el progreso técnico por inseguridad jurídica.

No es conveniente para los bancos, ni para el progreso económico social, que su accionar dependa del estricto cumplimiento de complejas y exhaustivas regulaciones. En caso contrario, el progreso se verá frenado o bien continuará expuesto a la misma problemática que hemos planteado en este trabajo, en la medida en que las leyes no contemplan el diario progreso e innovación tecnológicos.

LA ACCION DE LOS BANCOS PARA UN FUTURO QUE ES PRESENTE.

He dicho que la incorporación de la noción de documento electrónico a la normativa jurídica y la aceptación de su valor probatorio dependen, ambas, de barreras culturales más que legales. También he señalado las modificaciones requeridas por la legislación.

Estoy convencido que los bancos deben emprender una acción inmediata en varios niveles.

En sus diversos medios y campos de acción las entidades financieras deben auspiciar y apoyar la formación de grupos de trabajo interdisciplinarios, conformados por abogados y técnicos, que realicen una labor de difusión y esclarecimiento que elimine las barreras culturales.

Los juristas, también con el apoyo y el auspicio de los bancos, deben iniciar o continuar la tarea de estudiar y proponer las reformas legislativas necesarias para eliminar las barreras legales.

Esta es una forma de cumplir con aquel conocido dicho de que el ojo del amo engorda el ganado. Agreguemos que, en este caso, el ganado será buen alimento para toda la sociedad.