

MICHELE TARUFFO

# LA PRUEBA

Traducción de Laura Manríquez  
y Jordi Ferrer Beltrán

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

los cuales no existe otro medio de prueba disponible. Cabe cuestionarse, sin embargo, si estos casos podrían decidirse mejor basándose en la carga de la prueba y no a partir de declaraciones juradas dudosas y poco fiables.

## 2. PRUEBAS DOCUMENTALES

56. *Pruebas escritas.* Desde la Edad Media, las pruebas escritas se han usado como el principal medio para dar certeza a las transacciones jurídicas<sup>76</sup>. Las exigencias del comercio, los negocios financieros y la necesidad de contar con pruebas fiables de los contratos y de muchos otros tipos de transacciones produjeron un extenso uso de los documentos en la vida cotidiana y también en los procesos judiciales. La práctica fue creando varios tipos de documentos conforme a esas necesidades y de acuerdo con los rasgos institucionales y la evolución de cada sistema. La creciente importancia de esta práctica fue reconocida en el Derecho sustantivo y procesal. En consecuencia, en todos los sistemas jurídicos existen diversas reglas en relación con la forma escrita de las transacciones jurídicas y la presentación o práctica de pruebas escritas en los procesos judiciales. Ahora bien, la regulación sustantiva de la forma de los contratos no está incluida en la materia que estamos examinando aquí, y lo mismo puede decirse de las diversas teorías acerca de las funciones sustantivas de los documentos.

Si bien en el contexto procesal las cosas son un poco más sencillas, puede resultar útil hacer un par de observaciones generales acerca del concepto de documento o prueba documental. Estos conceptos son, en cierta medida, variables. En algunos sistemas se mantiene una definición muy amplia, según la cual un documento es «cualquier cosa que represente un hecho», independientemente de la naturaleza de la «cosa» que tenga esa función<sup>77</sup>. Por lo tanto, este concepto incluye documentos escritos, documentos no escritos (como los registros computarizados) y cualquier otra cosa que tenga la capacidad de representar un hecho, como pinturas, vídeos, grabaciones en cinta, etcétera<sup>78</sup>. Por el contrario, en algunos sistemas, el concepto de documento es mucho menos inclu-

<sup>76</sup> Sobre la historia de las pruebas escritas véanse, en general, LÉVY, 1963a: 51; GILISSEN, 1963: 812; VILLERS, 1963: 350; KIELMANOVICH, 1996: 275.

<sup>77</sup> Esa definición amplia es bastante común, e. g., en Italia. Véanse, por ejemplo, COMOGGIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 657; COMOGGIO, 2004a: 244; PATTI, 1991: 2; DENTI, 1988: 713; DE SANTIS, 1988: 17.

<sup>78</sup> Véase la nota anterior. En Inglaterra se usa en ocasiones una definición igualmente extensa (véase CROSS y TAPPER, 1990: 679; pero, para una definición más estricta, consúltense DENTIS, 1999: 371). En España existen definiciones amplias y reducidas de las pruebas documentales; véase un panorama general en MONTERO AROCA, 2000; sobre las definiciones de «documento» exclusivamente como escritura, cfr. DE LA OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 332.

sivo y equivale al concepto tradicional de documento escrito. En consecuencia, un documento se define como cualquier escrito que represente un hecho o que contenga una declaración acerca de un hecho<sup>79</sup>. Cualquier otra cosa, aunque represente un hecho, no es un documento en sentido estricto. Por otro lado, la tendencia que parece imperar en los sistemas de *common law*, y en particular en Estados Unidos, es considerar las pruebas documentales no como un tipo especial de pruebas, sino como un caso del concepto más amplio de prueba real o demostrativa.

Esas diferencias son el resultado de distintas tradiciones y enfoques teóricos que no pueden ser discutidos aquí. En todo caso, con el fin de poner cierto orden en lo que sigue, las pruebas escritas se abordarán como un tipo especial de pruebas y los documentos no escritos se examinarán por separado. Se debe tomar en consideración, sin embargo, que un documento escrito puede ser utilizado de dos maneras diferentes: a) Cuando se usa como una manera de expresar algunos enunciados, tiene una función representativa en relación con sus contenidos. En esas circunstancias, el documento cumple una función similar a la de las pruebas testificales, dado que expresa el pensamiento de alguien con respecto a algo. b) Cuando se emplea como un objeto material —esto es, una cosa que lleva una inscripción—, es un medio de prueba real en sentido estricto, porque es la propia cosa material la que se usa como prueba, no las declaraciones<sup>80</sup>.

57. *Documentos oficiales o públicos y privados.* La regulación de las pruebas escritas sigue patrones diferentes en los sistemas de *civil law* y en los de *common law*. Los primeros se ocupan de las pruebas escritas, sobre todo, para determinar el grado de valor probatorio que es típico de cada clase de documento, con disposiciones detalladas que suelen estar incluidas en las partes de los códigos sustantivos dedicadas a la regulación de los contratos o de otros tipos de transacciones. Los segundos no consideran específicamente el valor probatorio de los documentos, porque, como ocurre con cualquier otra clase de pruebas, las pruebas escritas se dejan a la valoración discrecional del juzgador. Estos sistemas se ocupan principalmente de unos cuantos casos en los que el derecho requiere pruebas escritas.

En los sistemas de *civil law*, el problema principal es la distinción entre escrituras o documentos públicos u oficiales y escritos privados. En realidad, esa distinción es la base de las disposiciones acerca del papel de las pruebas escritas en el contexto judicial. Un documento público u oficial es un documento escrito que ha sido redactado por un

<sup>79</sup> Consúltense, por ejemplo, MURRAY y STÜRNER, 2004: 275; MUSIELAK, 1991: 241; MUSIELAK y STADLER, 1984: 61; SCHLOSSER, 1983: 274; JAUERNIG, 1991: 198; ARENS y LÜKE, 1992: 225. Para una definición más amplia véase SCHREIBER, 1982: 19.

<sup>80</sup> Acerca de tal distinción véase DENNIS, 1999: 372; CROSS y TAPPER, 1990: 44; MUSIELAK y STADLER, 1984: 61; DE SANTIS 1988: 32.

funcionario (principalmente, por un notario público) o por alguna otra persona a quien se ha conferido la función oficial de elaborar escrituras. El documento debe ser redactado en el cumplimiento apropiado de esa función y de acuerdo con los procedimientos específicos regulados por el derecho <sup>81</sup>.

A veces se hacen distinciones adicionales en el ámbito de los documentos públicos. Por ejemplo, en Alemania se distinguen los llamados *Tatbestandurkunden* de los *Zeugnisurkunden*, dependiendo de si el documento incluye los términos de una transacción jurídica o un testimonio <sup>82</sup>. Sin embargo, la definición jurídica de documento público u oficial es muy general y se suele utilizar sean cuales sean los contenidos del documento, ya que se basa, sobre todo, en la función oficial del autor del documento y en que se ha adecuado a las normas que rigen la elaboración de documentos públicos.

58. *Valor probatorio de los documentos públicos.* Los sistemas que incluyen una regulación del valor probatorio de los documentos oficiales tienden, en general, a considerar que esos documentos constituyen pruebas legales. Un documento público u oficial —siempre que haya sido elaborado por el sujeto apropiado, de acuerdo con los procedimientos debidos— tiene, por lo general, un efecto vinculante para cualquiera y en particular para el tribunal. No obstante, este valor probatorio especial y fuerte no abarca todos los contenidos ni todos los aspectos del documento. Más concretamente, el valor probatorio fuerte se atribuye normalmente a las declaraciones del autor de la escritura, los hechos que declara haber percibido personalmente, el hecho de que alguien haya realizado alguna declaración en su presencia, las firmas de estas personas y la fecha del documento <sup>83</sup>. En general, el valor proba-

<sup>81</sup> Las disposiciones que regulan los documentos públicos u oficiales son similares en la mayoría de los sistemas. Consúltense, por ejemplo, el Código Procesal Civil alemán, § 415, y MURRAY y STÜRNER, 2004: 276; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 415, núms. 1-2; ZPO-KOMM, 1987: § 415; MUSIELAK, 1991: 241; JAUERNIG, 1991: 199; SCHLOSSER, 1983: 275; ARENS y LÜKE, 1992: 227; TESKE, 1990: 115; el Código Procesal Civil austriaco, §§ 292 y 293; FASCHING, 1990: 495; 1959-1974: vol. 3, 293; el Código Civil francés, artículo 1.317; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 598; TERRÉ, 2003: 484; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 493; TESKE, 1990: 9, 11; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 317; DE LA OLIVA SANTOS y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 335; MONTERO AROCA, 2002: 204; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 560; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 239; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 261; el Código Civil italiano, artículo 2.699; PATTI, 1991: 8; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 658; COMOGLIO, 2004a: 301; el Código Civil belga, artículo 1.317; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 210; KIELMANOVICH, 1996: 286; HINOSTROZA MINGUEZ, 2000: 206; FALCÓN, 2003: vol. 1, 879.

<sup>82</sup> Véanse ARENS y LÜKE, 1992: 227; JAUERNIG, 1991: 201; SCHLOSSER, 1983: 275. Para una distinción similar entre *wirkenden Urkunden* y *bezeugenden Urkunden*, cfr. MURRAY y STÜRNER, 2004: 277.

<sup>83</sup> Véanse el Código Procesal Civil alemán, §§ 415, 417, 418; MURRAY y STÜRNER, 2004: 276; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 415, núms. 3-6, 417, 418; ZPO-KOMM, 1987: §§ 415, 417, 418; MUSIELAK, 1991: 242; TESKE, 1990: 126; ARENS y LÜKE, 1992: 226; JAUERNIG, 1991: 201; el Código Procesal Civil austriaco, §§ 292, 294, 310, 312; FASCHING,

torio formal del documento cubre «lo que el documento dice»; esto es, las declaraciones hechas por su autor. Ese valor no abarca la verdad de ningún otro enunciado, ni de las partes ni de ninguna otra persona, que se registre en el documento. Desde luego, sólo pueden tener este valor probatorio vinculante las escrituras auténticas que han sido redactadas de forma regular. Si falta alguno de los requisitos jurídicos, el documento puede ser usado como un escrito privado siempre y cuando tenga las características exigidas para los documentos privados<sup>84</sup>.

59. *Documentos privados.* Cualquier documento que por alguna razón no sea una escritura pública u oficial es un documento privado. Este concepto incluye una gran cantidad y una variedad ilimitada de escritos: documentos públicos inválidos, contratos, pagarés, recibos, correspondencia privada, testamentos, entre otros. A veces, estos escritos están firmados por las partes o por alguna de ellas; pero a veces están firmados por personas ajenas a las partes o incluso pueden no estar firmados por nadie. Sin embargo, únicamente en unos pocos casos especiales se admiten documentos no firmados como medios de prueba, pues la firma identifica al autor de las declaraciones escritas en el documento<sup>85</sup>.

Dentro de esta gran e indeterminada clase, las leyes toman en consideración específica algunos tipos de documentos privados. Éste es principalmente el caso de los escritos privados, incluidas las declaraciones acerca de una transacción contractual que atañe a las partes o a la parte que firmó el documento. Este tipo de documento, que es la clase de prueba que se usa más comúnmente para demostrar transacciones legales, no tiene formas predeterminadas ni especiales: puede estar escrito en su totalidad por el autor que lo firma, o puede haber sido escrito por cualquier otra persona, sin que esto importe<sup>86</sup>. En general, el rasgo distintivo de los documentos privados es la firma de la

1990: 497; el artículo 1.319 del Código Civil francés; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 595; TERRÉ, 2003: 487; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 496; LAGARDE, 1994: 174; TESKE, 1990: 18; el Código Civil belga, artículos 1.319 y 1.320; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 221; el Código Civil español, artículos 1.218 y 1.219; MONTERO AROCA, 2000: 231; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 566; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 261; el Código Civil italiano, artículo 2.700; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 660; COMOGLIO, 2004a: 305; PATTI, 1991: 8; el Código Civil argentino, artículos 993 y 994; KIELMANOVICH, 1996: 290; FALCÓN, 2003: vol. 1, 880.

<sup>84</sup> Véanse, *e. g.*, el artículo 1.318 del Código Civil francés; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 593; TERRÉ, 2003: 485; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 498; el artículo 1.318 del Código Civil belga; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 227; el Código Civil italiano, artículo 2.701; COMOGLIO, 2004a: 318; PATTI, 1991: 9.

<sup>85</sup> Véase, en general, DENTI, 1971: 715.

<sup>86</sup> Sobre la concepción general del documento privado véanse, por ejemplo, MURRAY y STÜRNER, 2004: 276; TESKE, 1990: 25; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: vol. 1, 1, 596; TERRÉ, 2003: 489; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 499; DE LA OLIVA SANTOS y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 337; MONTERO AROCA, 2000: 208; RAMOS MÉNDEZ, 1990: vol. 1, 567; MUÑOZ SABATÉ, 1967: 340; SILVA MELERO, 1963-1964: vol. 1, 262; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 665; COMOGLIO, 2004a: 320; PATTI, 1991: 9; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 230; HINOSTROZA MÍNGUEZ, 2000: 208; FALCÓN, 2003: vol. 1, 859.

parte o de las partes que aparecen como los autores de la transacción consignada en el documento.

60. *Valor probatorio de los documentos privados.* El valor probatorio de los documentos privados algunas veces está regulado jurídicamente, principalmente cuando están firmados. En algunos casos, la norma establece que la persona que firmó el documento sea considerada jurídicamente como la autora de las declaraciones que ahí se asientan. Esta conexión entre las declaraciones y su autor suele ser cubierta por una regla de prueba legal: en consecuencia, este tipo de autoría se considera cierta, vinculante e irrefutable. No obstante, este valor probatorio especial sólo abarca la conexión entre el signatario y las declaraciones incluidas en el documento; no ampara el valor de verdad de tales declaraciones<sup>87</sup>. En ocasiones, el valor probatorio de un documento privado firmado se toma como equivalente del que tiene un documento público entre las partes que lo firmaron<sup>88</sup>.

Se da este valor probatorio del documento privado firmado sólo cuando la autenticidad de la firma queda garantizada por la aplicación de mecanismos especiales, estipulados por el derecho precisamente para establecer la autenticidad de las firmas (véase *infra* §§ 66, 67).

61. *Otros tipos de pruebas escritas.* Los documentos oficiales y los escritos privados no son los únicos medios de prueba escritos que se usan en la práctica cotidiana del proceso civil. También se emplean muchas otras clases de pruebas escritas cuando son relevantes para demostrar los hechos en litigio. En muchos casos, estos documentos son considerados como pruebas «atípicas» y se admiten en cuanto tales, sobre la base de su relevancia (véase *supra* § 22). En los sistemas del *common law*, ésta es la regla para cualquier tipo de prueba escrita no regulada. Algunos sistemas de *civil law*, como, por ejemplo, el de Alemania, tienen el mismo enfoque y no incluyen disposiciones especiales en relación con documentos no regulados. Otros sistemas de *civil law*, en cambio, incluyen disposiciones concernientes a tipos específicos de pruebas escritas que no son ni documentos públicos ni privados.

62. *Telegramas.* A veces se establecen disposiciones especiales para determinar el valor probatorio de un telegrama. Por ejemplo, de acuerdo con el Código Civil italiano, artículo 2.705, el telegrama tiene el mismo valor probatorio que un escrito privado firmado por cualquier persona cuando el autor firmó el formulario original e hizo que lo en-

<sup>87</sup> Véanse el Código Procesal Civil alemán, § 416; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 416; ZPO-KOMM, 1987: § 416, núm. 1; ARENS y LÜKE, 1992: 228; JAUERNIG, 1991: 201; TESKE, 1990: 129; el Código Procesal Civil austriaco, § 294; FASCHING, 1990: 498; el Código Civil italiano, artículo 2.702; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 667; COMOGLIO, 2004a: 322; PATTI, 1991: 10.

<sup>88</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 1.322 del Código Civil francés; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 508; TESKE, 1990: 30.

tregaran. Se presume que el formulario entregado es idéntico al original según el artículo 2.706. Estas reglas ayudan a resolver algunos problemas relacionados con el uso de un telegrama como medio de prueba, pero siempre admiten una prueba en contra cuyo objetivo sea contrastar lo que presumen<sup>89</sup>. Tales reglas se aplican por analogía a tipos similares de pruebas escritas, como el télex y el fax<sup>90</sup>.

63. *Papeles de uso doméstico*. A veces el derecho determina el valor probatorio de documentos escritos que no suelen estar firmados por sus autores. Éste es el caso de registros y papeles del ámbito doméstico, que pueden ser usados como pruebas en contra de su autor cuando contienen, por ejemplo, el reconocimiento de un pago recibido<sup>91</sup>. Esto también vale para declaraciones no firmadas añadidas por el acreedor a un documento, cuando lo añadido dice que el deudor ya no está obligado a pagar<sup>92</sup>.

64. *Libros y registros de empresas*. Otra clase importante de documentos no firmados que pueden tener valor probatorio incluye los libros y registros de las empresas mercantiles. Estos documentos pueden ser usados como pruebas en contra de la empresa, pero la parte que los presente tiene que hacer referencia a su contenido completo. Esos documentos también son pruebas de transacciones realizadas entre empresas, cuando se redactan y se mantienen de conformidad con disposiciones jurídicas especiales<sup>93</sup>.

65. *Copias*. En ocasiones, existen algunas disposiciones específicas que tienen por objeto determinar el valor probatorio de copias de documentos escritos, cuando éstas se presentan en lugar de los originales. El principio general es que cuando la copia de un documento público u oficial se hace en las formas exigidas por el derecho, ésta tiene el mismo valor probatorio que el documento original<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> Véanse COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 674; PATTI, 1991: 11; COMOGLIO, 2004a: 345. Cfr. también VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 408; FALCÓN, 2003: vol. 1, 863.

<sup>90</sup> Cfr. COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 674; PATTI, 1991; DE SANTIS, 1988: 84; FALCON, 2003: vol. 1, 866.

<sup>91</sup> Véanse el artículo 1.331 del Código Civil francés; también MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 610; TERRÉ, 2003: 509; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 519; TESKE, 1990: 40; el Código Civil italiano, artículo 2.707; COMOGLIO, 2004a: 348.

<sup>92</sup> Consúltense el Código Civil francés, artículo 1.332; TERRÉ, 2003: 510; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 520; TESKE, 1990: 41; el Código Civil italiano, artículo 2.798; COMOGLIO, 2004a: 350.

<sup>93</sup> Véanse los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil francés; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 609; TERRÉ, 2003: 510; GHESTIN y GOUBEAUX, 1977: 518; TESKE, 1990: 39; el Código Civil italiano, artículos 2.709 y 2.710; COMOGLIO, 2004a: 351; FALCÓN, 2003: vol. 1, 868; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 298; KIELMANOVICH, 1996: 297.

<sup>94</sup> Cfr. el artículo 2.714 del Código Civil italiano; también COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 671; COMOGLIO, 2004a: 375; el Código Procesal Civil alemán, § 435; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 435, núms. 1-4; ZPO-KOMM, 1987: § 435, núms. 1-2. El sistema francés es más complejo porque distingue si el documento original todavía existe o no. En

El mismo principio vale también para las copias de un documento privado cuando se realizan de la forma exigida jurídicamente o cuando su conformidad al original se certifica oficialmente o no se impugna<sup>95</sup>. En general, las mismas reglas se aplican a las fotocopias de documentos públicos y privados. Cuando las copias se hacen sin cumplir con los requisitos jurídicamente establecidos, éstas no pueden tener el mismo valor probatorio que los originales y serán valoradas discrecionalmente por el tribunal<sup>96</sup>.

En los sistemas de *common law*, las copias de documentos escritos también son importantes, pero desde una perspectiva diferente. El problema no es determinar cuándo una copia tiene el mismo valor probatorio que el original, sino cuándo se puede presentar una copia en lugar del documento original. La regla general es que cuando una de las partes tiene que probar los contenidos de un documento, tiene que presentar pruebas directas del mismo, esto es, el documento original. En algunos casos, sin embargo, es posible presentar una copia en vez del original con el propósito de demostrar los contenidos del original<sup>97</sup>.

66. *Autenticidad de los documentos en el common law.* El uso como pruebas y el valor probatorio de los documentos se basa en la suposición de que éstos son genuinos y auténticos. Es obvio que sólo cuando un documento tiene estos requisitos puede utilizarse como medio de prueba de un hecho o de una transacción jurídica. Por ello, el problema es garantizar y verificar la autenticidad y la fiabilidad de los documentos escritos.

---

el primer caso, la copia sólo prueba los contenidos del original (art. 1.334 del Código Civil francés); en el segundo caso, la copia tiene el mismo valor probatorio que el original cuando fue elaborada en ciertas condiciones (en esencia, ante la presencia o con el consentimiento de ambas partes) o cuando es muy antigua. De otro modo, la copia tiene un valor probatorio limitado (art. 1.335 del Código Civil). Véase TERRÉ, 2003: 504.

<sup>95</sup> Cfr., por ejemplo, los artículos 2.715 y 2.719 del Código Civil italiano; también COMOLIO, 2004a: 376.

<sup>96</sup> Una limitación especial es la que se estipula en el artículo 2.717 del Código Civil italiano, según el cual tales copias sólo pueden tener un valor probatorio limitado.

<sup>97</sup> En Inglaterra, éste es el caso cuando la otra parte no presenta el original, cuando éste se ha perdido, cuando no es posible presentarlo, cuando el documento es público y para registros bancarios. Véase CROSS y TAPPER, 1990: 684. En el sistema federal de Estados Unidos, los duplicados se suelen admitir bajo el amparo de la regla 1003 de las *Federal Rules of Evidence*, a menos que se impugne la autenticidad del original o cuando el uso de un duplicado sea injusto (véanse GRAHAM, 2003: 584; 2002: 264; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 1003-2; GIANNELLI, 2003: 396; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 255). También se admiten otras pruebas «distintas del original» bajo la regla 1004, cuando el original se ha perdido o no se puede conseguir, o cuando está en posesión de la otra parte o tiene que ver con asuntos colaterales (véanse GRAHAM, 2003: 586; 2002: 274; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 1004-2; GIANNELLI, 2003: 397; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 256; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1092). Sobre las copias de registros públicos, véanse la regla 1005 de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 590; GIANNELLI, 2003: 399; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1100.



En los sistemas de *common law*, las pruebas documentales suelen ser admitidas como cualquier otro medio de prueba y su valor probatorio no está determinado por el derecho. Sin embargo, el problema puede ser determinar si el documento es fiable: dado que se presenta para probar sus propios contenidos, el documento debe ser genuino. Dicho con más propiedad: la parte en cuestión debe mostrar que el documento es realmente lo que parece ser. En Estados Unidos, éste es un problema de autenticación y atañe a los documentos del mismo modo que a cualquier otra cosa usada como medio de prueba<sup>98</sup>; no obstante, diversas reglas sobre la autenticación tienen que ver exclusiva o principalmente con los documentos escritos. Cuando la relevancia del documento depende de la certeza de su autoría, el documento tiene que apoyarse en pruebas que muestren la autenticidad de su autoría en un nivel superior al requerido en la vida ordinaria<sup>99</sup>. Según la regla 901 de las *Federal Rules of Evidence*, existen varias clases de autenticación, algunas de las cuales se usan especialmente para la autenticación de documentos. Éste es el caso, por ejemplo, de un testimonio relacionado con la escritura y la firma de un documento por parte de una determinada persona, de la opinión de un testigo no experto familiarizado con la escritura del presunto autor, de la comparación (tal vez hecha por un perito) entre el documento y otros escritos no cuestionados, y en general de la valoración de los caracteres distintivos del documento hecha por el tribunal<sup>100</sup>. La prueba de custodia suele ser suficiente para la autenticación de los registros públicos y también para autenticar información almacenada en ordenadores<sup>101</sup>. Sin embargo, los métodos listados en la regla 901 sólo son ilustrativos y se puede usar cualquier otro medio real con el mismo propósito. Con el fin de reducir la carga de la autenticación, la regla 902 regula no menos de diez casos de documentos «auto-autenticados»; es decir, documentos que razonablemente se presumen auténticos y, por lo tanto, no requieren más medios de prueba<sup>102</sup>. Entre ellos están los casos de documentos públicos nacionales y extranjeros, las copias certificadas de registros públicos y documentos mercantiles. La presunción de autenticidad de dichos documentos se basa en la relativa baja probabilidad de mentira o error,

<sup>98</sup> Véanse la regla 901 (a) de las *Federal Rules of Evidence*; GRAHAM, 2003: 551; 2002: 223; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 901-5; GIANNELLI, 2003: 375; LILLY, 1987: 514; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 2003: 587; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 240; LEMPERS, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1151; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 995; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-15.

<sup>99</sup> Véanse ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 2003: 588; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1000.

<sup>100</sup> Cfr. GRAHAM, 2003: 531; 2002, 225, 229, 231, 233; GIANNELLI, 2003: 377; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 241; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 901-9, 901-17, 901-26; SALTZBURG y REDDEN, 1977: 640; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-20, 901-23, 901-29, 901-46.

<sup>101</sup> Véanse la regla 901(b)(7); GRAHAM, 2003: 545; 2002: 238; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: 5, 901-15; GIANNELLI, 2003: 379; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1003, 1015; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-92.

<sup>102</sup> Consúltense GRAHAM, 2003: 552; 2002: 243; FRIEDENTHAL y SINGER, 1985: 248; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 902-6; LEMPERS, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1162; GIANNELLI, 2003: 380; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1027; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 902-8.

pero esa presunción no puede ser absoluta. El carácter genuino de un documento auto-autenticado siempre puede ser impugnado por la otra parte y tiene que ser valorado por el juzgador.

En Inglaterra se ha adoptado un sistema similar pero mucho menos complicado. La regla general en el caso de los documentos públicos es que basta la presentación de copias como medio de prueba<sup>103</sup>. En el caso de los documentos privados, se debe probar que han sido elaborados debidamente. La debida elaboración de un documento privado puede ser demostrada mediante pruebas testimoniales de la escritura del autor, a través de la opinión de un testigo familiarizado con su escritura o por medio de una comparación con otras muestras manuscritas indiscutibles<sup>104</sup>. Cuando es necesario dar fe, como en el caso de los testamentos, esto se puede hacer por medio de testigos. Y sólo cuando los testigos no están disponibles se pueden usar otras pruebas de escritura. Se han creado algunas presunciones con el fin de aligerar, en algunos casos, la carga de probar la debida elaboración de un documento escrito; sin embargo, la autenticidad del documento tiene que ser probada en la mayoría de los casos y siempre tiene que ser valorada por el tribunal<sup>105</sup>.

67. *Autenticidad de los documentos en el civil law.* En los sistemas de *civil law* se suele presumir el carácter genuino y auténtico, a partir de su apariencia, de los documentos públicos y oficiales<sup>106</sup>. No obstante, se ofrecen diversos mecanismos para los casos en que el documento sea dudoso o resulte impugnada su autenticidad. Los sistemas alemán y austriaco aplican un enfoque sencillo: cuando existen dudas en relación con un documento, el juez, incluso por iniciativa propia, puede pedir explicaciones acerca de la autenticidad del documento al funcionario o a quien lo haya escrito o elaborado<sup>107</sup>. Si esas explicaciones no son suficientes para resolver la duda, la parte que presentó el documento tiene la carga de probar que es auténtico. En todo caso, la presunción de autenticidad puede ser superada por las pruebas en contrario presentadas por la parte que afirma que el documento es falso. En consecuencia, el problema de la fiabilidad del documento se considera como cualquier otro problema disputado por las partes y se resuelve tomando como base los medios de prueba presentados por ellas y mediante una valoración discrecional del tribunal<sup>108</sup>.

<sup>103</sup> Consúltense, por ejemplo, el *Civil Evidence Act* de 1995, sec. 8(b); DENNIS, 1999: 372, 377; CROSS y TAPPER, 1990: 690.

<sup>104</sup> Véanse DENNIS, 1999: 378; CROSS y TAPPER, 1990: 690; CURZON, 1986: 96.

<sup>105</sup> Cfr. DENNIS, 1999: 378; CROSS y TAPPER, 1990: 694; CURZON, 1986: 98.

<sup>106</sup> Véanse, e. g., el Código Procesal Civil alemán, § 437; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 437; ZPO-KOMM, 1987: § 437; el Código Procesal Civil austriaco, § 310, apartado 1; FASCHING, 1990: 497.

<sup>107</sup> Véanse el Código Procesal Civil alemán, § 437, apartado 2, y el Código Procesal Civil austriaco, § 310. También las referencias de la nota anterior.

<sup>108</sup> Cfr., por ejemplo, MURRAY y STÜRNER, 2004: 279.

Las cosas son mucho más complicadas en los sistemas de *civil law* que siguen el modelo francés. En esos sistemas, la autenticidad de los documentos públicos y oficiales sólo puede ser impugnada a través de medios muy formales y mediante procedimientos especiales. La objeción de la autenticidad de un documento público se conoce con el nombre de *inscription de faux* en Francia, *querela di falso* en Italia y *co-tejo* en España. Puede ser iniciado como un proceso autónomo o bien en el marco del proceso en el que se ha presentado el documento como prueba. En el primer caso, el litigio específico tiene por objeto establecer con un fallo final ordinario si el documento es auténtico o falso<sup>109</sup>. En el segundo caso, se hace un tipo de subproceso dentro del proceso principal sobre el fondo. El derecho regula detalladamente este subproceso, establece la forma de la pretensión, el papel y las facultades del tribunal, y el papel del fiscal o ministerio público<sup>110</sup>. El problema de la autenticidad de un documento se trata y decide entonces como una pretensión objeto de una causa autónoma y específica.

El problema de la autenticidad de los documentos privados se trata como una cuestión distinta y se resuelve basándose principalmente en el comportamiento de las partes. Cuando un escrito privado se presenta contra su supuesto autor, éste puede elegir qué hacer. Si reconoce que su firma en el documento es auténtica, entonces el documento tiene el valor probatorio determinado por el derecho (véase *supra* § 59). Si la parte no se manifiesta en ningún sentido, el documento se considera reconocido y, por consiguiente, auténtico<sup>111</sup>. Por tanto, si la parte en cuestión quiere evitarlo tiene que negar expresamente la autenticidad de la firma que se le atribuye<sup>112</sup>. En tal caso, el documento tiene que ser verificado por medio de un procedimiento especial en el que la parte que presentó el documento puede demostrar que la firma de la otra es genuina<sup>113</sup>. Para

<sup>109</sup> Véanse los artículos 303 y 314 del Código Procesal Civil francés; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 595, 607; TERRÉ, 2003: 487; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 806; CADIET, 2000: 509; el artículo 221 del Código Procesal Civil italiano; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 661; COMOGLIO, 2004a: 310; CARPI y TARUFFO, 2002: 692. Véanse también KIELMANOVICH, 1996: 320; HINOSTROZA MÍNGUEZ, 2000: 216.

<sup>110</sup> Cfr. el Código Procesal Civil francés, artículos 303-305 y 306-309; el Código Procesal Civil italiano, artículos 221-225; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículos 340, 341, 349 y 350; el Código Modelo Latinoamericano, artículo 162.

<sup>111</sup> Véanse el Código Procesal Civil alemán, § 439; MURRAY y STÜRNER, 2004: 279; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 439; ZPO-KOMM, 1987: § 439; el Código Procesal Civil italiano, artículo 215; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 669; COMOGLIO, 2004a: 334; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 326.1; DE LA OLIVA SANTOS y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, 2000: 337.

<sup>112</sup> Véanse de nuevo el Código Procesal Civil alemán, § 439, y las referencias de la nota anterior. Cfr. también el Código Procesal Civil austriaco, § 314; FASCHING, 1990: 497; el Código Procesal Civil francés, artículo 287; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 799; CADIET, 2000: 507; el Código Procesal Civil italiano, artículo 214; COMOGLIO, 2004a: 335; CARPI y TARUFFO, 2002: 679; el Código Modelo Latinoamericano, artículo 161; KIELMANOVICH, 1996: 299, 318.

<sup>113</sup> A veces es posible pedir la verificación de un documento en un proceso autónomo iniciado por una de las partes que planea usar el documento posteriormente. Véanse el Código Pro-

verificarlo es posible hacer una comparación con otros escritos no impugnados y el tribunal puede ordenar que éstos sean presentados. Sobre la base de esta comparación y de las demás pruebas disponibles, el tribunal decidirá si la firma en disputa es genuina<sup>114</sup>.

En algunos sistemas se prevé otro mecanismo para garantizar la autenticidad de la firma de documentos privados: la autenticación oficial de la firma, que se puede hacer en el mismo momento en que el documento es firmado. Un notario público o algún otro funcionario autorizado declara que el documento ha sido firmado en su presencia y por cierta persona. Este método tiene por objeto asegurar la autenticidad de la firma, de modo que el valor probatorio del documento privado será cierto cuando el documento sea presentado como medio de prueba. Sin embargo, la declaración oficial sobre la firma puede ser impugnada por los mismos medios que se establecen para los documentos públicos<sup>115</sup>.

### 3. PRUEBAS INFORMÁTICAS

68. *Los ordenadores como fuentes de prueba.* Los avances de la informática y la telemática y el uso cotidiano de ordenadores en un número creciente de dominios tienen un amplio abanico de efectos sobre la experiencia jurídica y sobre la práctica del derecho. Algunos de estos efectos tienen que ver con las pruebas en el proceso civil: cada vez con más frecuencia las transacciones se estipulan o documentan por medio de ordenadores, y los registros informáticos y las copias impresas se suelen usar como pruebas<sup>116</sup>. Así, dada la naturaleza singular de los datos almacenados en los ordenadores y las importantes diferencias existentes entre esos datos y los documentos escritos<sup>117</sup>, surge el problema de establecer cuándo son admisibles estos muy peculiares datos y documentos como pruebas judiciales, cómo se pueden reunir y presentar, y qué valor probatorio pueden alcanzar.

cesal Civil francés, artículo 296; VINCENT y GUINCHARD, 2003: 802; CADIEU, 2000: 509; el Código Procesal Civil italiano, artículo 216, § 2; COMOGLIO, FERRI y TARUFFO, 1998: 670; COMOGLIO, 2004a: 335; CARPI y TARUFFO, 2002: 687; la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española, artículo 326.2; MONTERO AROCA, 2002: 230.

<sup>114</sup> Consúltense el Código Procesal Civil alemán, §§ 441 y 442; MURRAY y STÜRNER, 2004: 279; BAUMBACH, LAUTERBACH, ALBERS y HARTMANN, 2003: § 441, 442; el Código Procesal Civil francés, artículo 288; VINCENT y GUINCHARD, 744; el Código Procesal Civil italiano, artículo 218; COMOGLIO, 2004a: 340; CARPI y TARUFFO, 2002: 690.

<sup>115</sup> Cfr., por ejemplo, el Código Civil italiano, artículo 2.703, y el Código Modelo Latinoamericano, artículo 162.1.

<sup>116</sup> Véase GAHTAN, 1999: 1, 137. Para un panorama general véanse también HUET y MAISL, 1989: 50, 656, y los ensayos recopilados en TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, 1988: 137-236. Cfr. también VON SPONECK, 1991: 269; FALCÓN, 2003: vol. 1, 894.

<sup>117</sup> Consúltense GAHTAN, 1999: 7.

En algunos casos, esto no plantea problemas importantes. Cuando se usa un ordenador simplemente como procesador de textos, en lugar de una máquina de escribir, o cuando una copia impresa se usa como un texto que está firmado personalmente por las partes, el resultado final es un documento común y corriente que puede ser presentado como cualquier otro tipo de prueba escrita. Cuando un sistema informatizado se usa para reproducir un documento o un texto, el resultado es una copia que puede ser usada como cualquier otra copia de un documento (véase *supra* § 65).

Sí surgen, en cambio, problemas importantes cuando los datos y archivos informáticos se usan en lugar de los documentos escritos ordinarios. En realidad, la práctica actual en todo el mundo es usar los registros computarizados como único soporte en muchas transacciones. Y cuando estas transacciones tienen que ser probadas en un proceso judicial pueden plantearse varios problemas: los datos pueden estar almacenados en diferentes sitios; es posible emplear distintas bases de datos y sistemas de *software*; la información relevante puede estar oculta o protegida, etcétera<sup>118</sup>. Asimismo, aun cuando las pruebas electrónicas se impriman, los documentos resultantes no son «escritos» en el sentido tradicional y en la mayoría de los casos no han sido firmados personalmente por sus autores. Por tanto, el peligro de falsificación, errores y mal uso o abuso se da de forma especialmente frecuente y relevante, siendo su alcance, en alguna medida, todavía desconocido. Los distintos sistemas jurídicos empezaron a reaccionar a esta situación en un intento de ofrecer una regulación adecuada del nuevo ámbito de las «pruebas informáticas».

69. *Las pruebas informáticas en el common law.* En los sistemas de *common law*, el problema de las pruebas informáticas fue abordado principalmente desde la perspectiva de la regla del testimonio de oídas (véase *supra* § 25), ya que admitir pruebas informáticas significaría admitir el uso de una fuente de prueba que no está bajo el control directo del juzgador. Tras años de debates se dejó a un lado la regla del testimonio de oídas y se consideraron admisibles las pruebas informáticas. En Estados Unidos fueron en esencia los tribunales quienes lo hicieron: crearon una nueva excepción a la regla del testimonio de oídas al admitir pruebas informáticas, aunque su fuente original no pueda ser contrainterrogada. Así, la regla 803(6) de las *Federal Rules of Evidence* se interpreta que incluye las pruebas electrónicas entre los «archivos» o «grabaciones» que se admiten por la vía de la excepción a la regla del testimonio de oídas, y la regla 803(8) de esas mismas *Federal Rules* se interpreta que incluye los documentos electrónicos en el concepto general de «archivo público» (o «grabación pública»)<sup>119</sup>. El problema de controlar la fiabilidad de las

<sup>118</sup> Véase, principalmente, GAHTAN, 1999: 31, 39.

<sup>119</sup> Consúltense GRAHAM, 2003: 455, 469; 2003: 241; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002:

pruebas informáticas se resuelve, entonces, exigiendo la prueba de diversas condiciones, al menos cuando la autenticidad o la fiabilidad de las pruebas informáticas se impugne: el equipo de cómputo debe ser estándar, el proceso tiene que haber sido ejecutado correcta y apropiadamente, y el programa tuvo que haber sido puesto en marcha adecuadamente. En pocas palabras: se debe probar que toda la maquinaria que produjo el archivo funcionó correcta y apropiadamente <sup>120</sup>.

En Inglaterra se adoptó una solución similar a través de la *Civil Evidence Act* de 1968, que hacía referencia a una amplia definición de «documento» en la que se incluían también los archivos informáticos. La sección 5 se ocupaba de manera específica de la admisibilidad de documentos producidos por ordenador y exigía que se cumplieran varias condiciones específicas. Posteriormente, sin embargo, se prescindió de esas disposiciones <sup>121</sup> y los documentos informáticos fueron tratados como cualquier otra clase de documento, presumiendo su autenticidad a menos que se demuestre lo contrario <sup>122</sup>. Más recientemente, los legisladores ingleses tuvieron que ocuparse de la regulación de documentos electrónicos para acatar la Directiva núm. 93/1999 de la Unión Europea. En consecuencia, el problema de la firma electrónica de documentos generados por ordenador ha quedado regulado por la *Electronic Communications Act 2000* <sup>123</sup> y por la *Electronic Signatures Regulation 2002*.

Así pues, puede decirse que en ambos sistemas se ha establecido la admisibilidad de las pruebas informáticas, abandonando reglas tradicionales de exclusión, y que la fiabilidad de tales pruebas se ha garantizado exigiendo que se cumplan condiciones especiales en relación con el funcionamiento y el uso de los ordenadores.

70. *Pruebas informáticas en el civil law*. En los sistemas de *civil law* el problema de las pruebas informáticas es más complicado debido a las reglas acerca de la forma de los contratos y de las características de los documentos escritos. En muchas transacciones, las pruebas tradicionales estaban constituidas por documentos escritos públicos o privados firmados por las partes o por su autor (véase *supra* apartado 2). Las pruebas informáticas no concuerdan con este modelo de medios de prueba documentales, porque los archivos informáticos no son escritos,

vol. 4, 803-135; LEMPERT, GROSS y LIEBMAN, 2000: 606, 608; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 851, 861.

<sup>120</sup> Véase la nueva regla 901(b)(9) de las *Federal Rules of Evidence*, que se ocupa de la autenticación de los archivos informáticos; cfr. GRAHAM, 2003: 549; 2002: 241; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 5, 901-21; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 1022; GAHTAN, 1999: 159; WEINSTEIN y BERGER, 1975: vol. 5, 901-106.

<sup>121</sup> Véase DENNIS, 1999: 385.

<sup>122</sup> Cfr. la *Civil Evidence Act 1995*, apartado (13), que utiliza una definición amplia de «documento», incluyendo también los documentos generados por ordenador; DENNIS, 1999: 386.

<sup>123</sup> El apartado 7 de esta ley establece la validez jurídica y la admisibilidad de los archivos electrónicos.

en el sentido tradicional del término, y porque en muchos casos el archivo no está firmado. Asimismo, los métodos habituales para verificar la autenticidad y el carácter genuino de los documentos no son aplicables a las pruebas informáticas (véase *supra* § 67).

En cuanto al hecho de que los datos almacenados en un ordenador no son «escritos» en el sentido tradicional, la respuesta dominante subraya analogías posiblemente existentes entre pruebas informáticas y pruebas documentales, y reconoce que los documentos pueden ser creados también por medio de los nuevos recursos técnicos<sup>124</sup>. Este punto es importante porque permite abordar el problema de los contratos que exigen una forma escrita para que la transacción sea válida, o al menos una prueba escrita de ella<sup>125</sup>.

Con posterioridad a la Directiva núm. 93 emitida por la Unión Europea el 13 de diciembre de 1999, diversos países europeos promulgaron leyes específicamente relacionadas con las pruebas informáticas. Por ejemplo, en Francia, el 13 de marzo de 2000 se promulgó la Ley 2000-230, que se basa en la asunción de la plena equivalencia entre las pruebas informáticas y las pruebas escritas, siempre que el autor de la declaración pueda ser identificado fácilmente y el documento electrónico haya sido creado y conservado debidamente<sup>126</sup>. En Italia se han promulgado varias leyes en los últimos años; actualmente, las pruebas informáticas están reguladas por una ley de 15 de febrero de 2002. También en este caso, la nueva regulación sigue el principio básico de una equivalencia entre las pruebas informáticas y las pruebas documentales, con disposiciones detalladas en cuanto a las técnicas que se deben adoptar para crear documentos electrónicos<sup>127</sup>. Esta solución puede ser satisfactoria cuando no se requieren tipos especiales de pruebas documentales, ya que los documentos informáticos se consideran, en esencia, equivalentes a los documentos privados. Sin embargo, esto no funciona cuando el derecho exige documentos especiales, como escrituras oficiales o públicas<sup>128</sup>.

Otro problema no menos importante tiene que ver con la firma de los documentos. En los documentos ordinarios se suele exigir una firma para identificar al autor de las declaraciones asentadas en ellos, y se establecen mecanismos especiales para controlar este aspecto (véase *supra*

<sup>124</sup> Cfr., e. g., VERDE, 1990: 718. Véanse también MONTERO AROCA, 2000: 367; FALCÓN, 2003: vol. 1, 898.

<sup>125</sup> VON SPONECK, 1991: 270, por ejemplo, pone énfasis en estas analogías, pero las mismas son cuestionadas por otros autores; véase, entre ellos, REDEKER, 1984: 2394.

<sup>126</sup> Otro decreto, el 2001-272, promulgado el 30 de marzo de 2001, modificó el artículo 1.316 del Código Civil francés para incluir en él el supuesto de la firma electrónica y para admitir el uso de archivos electrónicos como medios de prueba. Véanse LECLERQ, 2000: 100; TERRÉ, 2003: 511; MAZEAUD, MAZEAUD y CHABAS, 2000: t. I, vol. 1, 557, 559, 597.

<sup>127</sup> Cfr., principalmente, GRAZIOSI, 2003: 61. Véase también COMOGLIO, 2004a: 384, 395.

<sup>128</sup> Véase., e. g., VERDE, 1990: 722.

§ 59). Y dado que los archivos informáticos no están firmados, éstos no podrían utilizarse normalmente como medios de prueba de transacciones contractuales. Se ha dado una solución práctica a esta dificultad reconociendo que la firma electrónica, formulada conforme a métodos técnicos y jurídicos específicos, es equivalente a la firma manuscrita<sup>129</sup>. Sin embargo, queda sin resolver el problema de la admisibilidad como medio de prueba de los documentos electrónicos que no están firmados.

71. *El valor probatorio de las pruebas informáticas.* Cuando los archivos informáticos se admiten como medios de prueba tiene que determinarse su valor probatorio. En general, se puede decir que éste es estimado discrecionalmente por el juzgador<sup>130</sup> y que, en todo caso, un archivo informático nunca tiene la fuerza vinculante de algunos documentos especiales regulados por el derecho<sup>131</sup>. No obstante, en algunos sistemas un documento escrito tiene valor probatorio sólo cuando reúne ciertos rasgos específicos previstos jurídicamente. Dado que es posible que los documentos informáticos no tengan estos rasgos, surge de nuevo el problema de su valor probatorio. Una opinión bastante común es que los archivos informáticos deben tener el valor probatorio limitado que se atribuye a las pruebas circunstanciales, pues sólo estamos ante una prueba documental con pleno valor probatorio cuando el documento se adecúa a las exigencias jurídicas<sup>132</sup>. Algunas veces se considera que un archivo informático es el *commencement* de una prueba escrita que puede justificar la admisión de pruebas testificales<sup>133</sup>; otras, se asume que se puede admitir el archivo informático como prueba cuando se exige una prueba escrita pero la parte que debe producirla no tuvo la oportunidad de que el documento obrara en su poder<sup>134</sup>. Queda claro, sin embargo, que éstas son sólo unas cuantas situaciones excepcionales en las que se puede usar un simple archivo informático como medio de prueba cuando el derecho exige una prueba escrita. Por otra parte, cuando un documento informático está firmado por los medios especiales jurídicamente establecidos resulta equivalente a un documento privado con una firma certificada<sup>135</sup>. En suma, decir que el valor probatorio de los medios de prueba informáticos se deja a la valoración dis-

<sup>129</sup> Véase, *e. g.*, la ley italiana de 2002 antes mencionada, que incluye una regulación detallada de la «firma electrónica». Cfr. GRAZIOSI, 2003: 64; COMOGLIO, 2004a: 392, 395. Cfr. también la ley francesa citada *supra* en la nota 126, y las *Electronic Signatures Regulations 2002* de Inglaterra. Para el caso de España, consúltense MONTÓN REDONDO, 2000: 197, y MONTERO AROCA, 2002: 371, 375.

<sup>130</sup> Consúltense TERRÉ, 2003: 515; LECLERQ, 2000: 101; GRAZIOSI, 2003: 63; COMOGLIO, 2004a: 397; FALCÓN, 2003: vol. 1, 908.

<sup>131</sup> Véanse, *e. g.*, VON SPONECK, 1991: 270; HUET y MAISL, 1989: 664, 668.

<sup>132</sup> Véanse HUET y MAISL, 1989: 664, 670, 690; REDEKER, 1984: 2394; VERHEYDEN y JEANMART, 1991: 407.

<sup>133</sup> Consúltense, por ejemplo, LECLERQ, 2000: 103.

<sup>134</sup> Véase HUET y MAISL, 1989: 664.

<sup>135</sup> Cfr., por ejemplo, GRAZIOSI, 2003: 69; COMOGLIO, 2004a: 397, 399.



crecional del juzgador puede parecer como una forma de evadir el problema, más que una solución al mismo.

#### 4. PRUEBAS PERICIALES

72. *La función de las pruebas periciales.* Ni los jueces ni los jurados son omniscientes, y éste es un problema en todos los sistemas probatorios. Esta limitación tiene consecuencias muy diversas, la más importante de las cuales es que el juzgador puede no tener el conocimiento científico o técnico que se requiere para establecer y evaluar algunos hechos en litigio. Por otra parte, cada vez con más frecuencia las materias de litigio civil involucran hechos que van más allá de las fronteras de una cultura común o promedio, que es el tipo de cultura no jurídica típica de un juez o de un jurado<sup>136</sup>. Cuando la cultura del juzgador no es adecuada para ocuparse de los rasgos técnicos o científicos específicos de los hechos litigiosos es necesario complementarla. Por ello, todos los sistemas procesales tienen que utilizar algunas formas de prueba pericial. Esto significa que hay que recurrir a peritos expertos en diversos ámbitos para ofrecer al juzgador toda la información técnica y científica necesaria para decidir el caso.

73. *Las pruebas periciales en el common law.* En los sistemas de *common law*, el mecanismo típico para la presentación de pruebas periciales pasa por la consideración del perito como testigo: de ahí la noción de «testigo experto». En otras palabras, el principio básico es que las pruebas periciales se tienen que presentar aplicando los mismos mecanismos procesales que se utilizan para las pruebas testificales. El perito es, pues, interrogado como testigo, aunque se trata de un testigo muy especial<sup>137</sup>. En su calidad de testigo, en Estados Unidos, el perito normalmente es presentado por una de las partes<sup>138</sup>. Ambas partes presentan a sus propios testigos expertos con el fin de ofrecer al tribunal los conocimientos especiales necesarios para decidir sobre los hechos. En consecuencia, las partes deciden si presentan o no testigos expertos, los eligen, los preparan para el juicio y les pagan<sup>139</sup>. Se genera así la figura del perito o testigo experto como un «pistolero a sueldo», dispuesto a servir a la parte que lo convoca<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Según LEMPert, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1011, en los tribunales de California los testigos expertos participaron en el 95 por 100 de los juicios en el periodo 1990-1991.

<sup>137</sup> Véanse la regla 702 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas; GRAHAM, 2003: 314; 2002: 292; SALTZBURG, MARTIN y CAPRA, 2002: vol. 3, 702-7; GIANNELLI, 2003: 295; LEMPert, GROSS y LIEBMAN, 2000: 1019, 1030; ROTHSTEIN, RAEDER y CRUMP, 2003: 312; LILLY, 1987: 483; MUELLER y KIRKPATRICK, 2003: 615; FRECKELTON, 1987: 3, 203. Acerca del sistema inglés, véanse ZUCKERMAN, 2003: 616; DENNIS, 1999: 657; CROSS y TAPPER, 1990: 497, 501; CURZON, 1986: 211.

<sup>138</sup> Sobre la presentación del testimonio experto consúltense MALONE y ZWIER, 2000: 85, 143; LUBET, 1998: 51, 79, 95, 111.

<sup>139</sup> Véanse MALONE y ZWIER, 2000: 5, 43; LUBET, 1998: 31.

<sup>140</sup> Véanse FAIGMAN, KAYE, SAKS, SANDERS y CHENG's, 2002b: vol. 1, 100. En Inglaterra,