

Renato Alberto Girón Loya\*

# TEORÍA DE LA PRUEBA INFORMÁTICA

La generalización a escala masiva del uso de dispositivos electrónicos supone un quiebre en la concepción clásica del catálogo de pruebas, lo cual plantea un importante reto en materia de familiarización y capacitación en estos instrumentos para incorporarlos a nuestro ordenamiento jurídico.

La discusión sobre el Derecho y su andar paralelo (a veces desfasado) con la justicia y con la sociedad se ha transformado hondamente a partir del *boom* tecnológico de finales del siglo XX, lo que implica un aumento notable en la tecnificación de los servicios de administración de justicia y de la gestión de los tribunales y del resto de los órganos y operadores que conforman el sistema jurídico en su totalidad.

En atención a un enfoque global debe señalarse que la generalización a escala masiva de los medios de comunicación realizada con apoyo de medios electrónicos, como teléfonos, videos, redes internas, redes mundiales, negocios, transacciones financieras y todo el tráfico mercantil, han ido perdiendo, poco a poco, ese soporte "material" tradicional<sup>1</sup>

respecto de los textos plasmados en papel o de la todavía más endeble naturaleza de lo verbal y de lo registrado en métodos de otra índole tangible.

Esta transformación de la realidad permea toda capa o plano de la ciencia jurídica y cada una de sus ramificaciones por materia; sobre todo en cuanto hace a la parte adjetiva o procesal, como en el caso del incremento de variedad y tipos de pruebas que pueden utilizarse en juicio, la firma electrónica avanzada (FIEL), la instalación y la operación de juzgados digitales, entre otras temáticas afines.

La teoría de la prueba informática supone delimitar el alcance general de la teoría de la prueba respecto del conjunto de los conocimientos técnicos que se ocupan del tratamiento automático de la información, por medio de computadoras o de otro





tipo de ordenadores. Esto supone un rompimiento con la concepción clásica del catálogo de pruebas tradicionales, al integrar cambios a la valoración probatoria de medios distintos a los usuales; por ejemplo, como en el caso de los soportes informáticos. Luego entonces, se hace evidente la íntima relación del Derecho informático, la informática jurídica y el Derecho procesal para dar pauta a nuevas concepciones y paradigmas que pretenden lograr no sólo una justicia más expedita sino más transparente y eficaz, así como acorde al contexto sociocultural vigente que en muchos aspectos, indudablemente, se ha digitalizado.

No obstante la tendencia y las buenas intenciones impulsadas por el sector académico y

doctrinal, lo cierto es que en México existe una falta de regularización específica, expresa, en cuanto al Derecho informático y a las pruebas de esta índole, debido a su multifacético campo de acción en las diversas ramas del Derecho con las que se encuentra interrelacionado.<sup>2</sup>

En primer lugar tenemos entonces la afectación de las pruebas tradicionales inscritas en el ámbito del Derecho público, desde consideraciones como la configuración o la tipificación de delitos informáticos, hasta el acotamiento y la delimitación de la libertad de expresión digital, el flujo internacional de datos sistematizados, entre otros.<sup>3</sup> Se trata, pues, de puntos coincidentes en la parte medular de la concepción de una prueba (su contenido, su fin), de la manera de comunicarla o de integrarla y, finalmente, de la manera de presentarla, verificarla y valorarla.

Es decir, partimos del objeto de la prueba como método para demostrar la veracidad de los hechos: la existencia de las verdades materiales y formales. Esto último, se dice, constituye *la premisa menor del silogismo judicial, en cuanto que la sentencia está formada por una premisa mayor que es la norma jurídica, y una premisa menor, los hechos, los cuales deben subsumirse en el supuesto de hecho de la norma, y una conclusión, de modo que si los hechos se subsumieran a la norma, se aplicaría la misma*,<sup>4</sup> por lo que en este entendido la prueba sería un componente de esa premisa menor.

Por consiguiente, la prueba digital o informática, como elemento sustancial del Derecho informático, puede presentarse por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología y con toda comunicación generada, entendida como “mensaje de datos”;<sup>5</sup> esto en evidente respuesta al dinamismo de las nuevas tecnologías y de los nuevos medios y plataformas para contener y almacenar la información. En numerosos casos ya no serán pruebas documentales públicas o privadas las que se ofrezcan como medios probatorios, sino sistemas, interfaces y documentos electrónicos. Será inevitable entonces la gradual transformación del Derecho procesal informático para analizar la integración, la estructura y los elementos que compondrán las nuevas pruebas que el sistema jurídico y la legislación deberán incluir y considerar de manera expresa, catalogada o al menos de forma mucho más delimitada.

No se olvide que la prueba digital/informática sigue la noción tradicional de documento, referida al instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje. En este sentido, la prueba informática consiste en un texto alfanumérico o diseño gráfico en lenguaje convencional (el de los bits) sobre soporte (cinta o disco) destinado a durar en el tiempo.<sup>6</sup>

En este tenor es importante subrayar el término “equivalencia funcional”, pues esto implica que los documentos digitales, los soportes informáticos y las firmas electrónicas garantizan que los documentos electrónicos producirán los mismos efectos que aquellos a los que las leyes otorgan al valor tradicional, como el papel o la firma autógrafa. La cuestión decisoria del rompimiento del esquema que supone la prueba digital e informática conlleva las interrogantes: ¿cómo comprobarla?, ¿cómo garantizar que lo contenido en una prueba digital o informática es auténtico, en cuanto a que no se encuentre manipulado, editado o sea de contenido apócrifo?

Precisamente cuando se objete la veracidad de una prueba digital es necesario realizar periciales de enfoque informático para garantizar el análisis de los medios de perfeccionamiento del documento digital, como en el caso del método de remisión, la verificación de firma digital mediante la aplicación de algoritmos de digestión o *hashing*, códigos y encriptación, entre otros, que pueden ser estudiados por examinadores forenses digitales. Entre las pruebas que pueden ser autenticadas con los métodos anteriores están los correos electrónicos, los teléfonos celulares, las páginas web, las nóminas digitales, las computadoras portátiles, las grabaciones de voz y otros de naturaleza similar, por lo cual existe todavía un sendero largo por recorrer en todos los ámbitos del Derecho, desde lo propiamente jurisdiccional o legislativo, hasta lo académico, lo doctrinal o lo que se ejerce en la parte pragmática de los sectores público y privado.

En nuestra legislación, aunque lejos de apuntarse con lujo de detalle, se reconoce de manera general la posibilidad de aportar pruebas correspondientes al plano digital, aunque, se insiste, falte precisar gramaticalmente ese tipo de probanzas.

## Código Federal de Procedimientos Civiles

“Artículo 210-A. Se reconoce como prueba la información generada o comunicada que conste en medios electrónicos, ópticos o en cualquier otra tecnología. Para valorar la fuerza probatoria de la información a que se refiere el párrafo anterior, se estimará primordialmente la fiabilidad del método en que haya sido generada, comunicada, recibida o archivada y, en su caso, si es posible atribuir a las personas obligadas el contenido de la información relativa y ser accesible para su ulterior consulta. Cuando la ley requiera que un documento sea conservado y presentado en su forma original, ese requisito quedará satisfecho si se acredita que la información generada, comunicada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, se ha mantenido íntegra e inalterada a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva y ésta pueda ser accesible para su ulterior consulta.”

Sin embargo el rezago del sistema jurídico en México en torno de la prueba informática, como ya se dijo, se advierte en la escasez de bibliografía o de textos académicos al respecto, así como en la falta de disposiciones expresas en la legislación, y por último, en la producción jurisprudencial, lo cual puede constatarse por el contenido del Sistema de Consulta Electrónico del *Semanario Judicial de la Federación*; aunque pueden rescatarse algunos criterios como el siguiente, que hace mención de la pericial en informática como medio de comprobación: “TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS. EL DESCONOCIMIENTO DE UNA TRANSACCIÓN REGISTRADA EN EL ESTADO DE CUENTA BANCARIO REVIERTE LA CARGA PROBATORIA AL CLIENTE. Si el acto de comercio cuya legitimación se desconoce se encuentra constituido por una transferencia electrónica, la cual se caracteriza por ser un instrumento de pago mediante el movimiento de fondos consistente en el cargo que recibe la cuenta del ordenante y el abono que se produce en la cuenta del beneficiario, para lo cual es necesaria la intervención de uno o varios bancos, según se trate de una operación entre cuentas de una misma institución de banca múltiple o interbancaria, de tal suerte que los bancos actuarán como expedidores, intermediarios o receptores de fondos e, incluso, con todas esas funciones a la vez,

Existe todavía una resistencia a que los juzgadores acepten y valoren los soportes informáticos que contienen registros de cheques, pagarés, facturas y documentos similares.

para el supuesto de traspasos entre cuentahabientes de una misma entidad bancaria. Debe tomarse en cuenta que para que los bancos actúen en esa cadena de relaciones es indispensable que exista un iniciador de tal secuencia, esto es, un cuentahabiente ordenante y un destinatario final que concluya el enlace de nexos, esto es, un cuentahabiente beneficiario; por lo que, atento al contrato de banca electrónica celebrado por las partes, la depositaria (institución bancaria) queda facultada contractualmente para realizar el retiro de la suma depositada a través de traspasos, bajo su forma actual de transferencias electrónicas de fondos, lo que obliga a la institución bancaria a permitir esas operaciones que deben iniciarse a través de la orden del cuentahabiente. Por ende, dada esta particular mecánica toca al propio cuentahabiente acreditar, en caso de que una transferencia cuyo importe no se acepta como cargo a la cuenta de la parte ordenante de la operación, que dicha operación fue realizada directamente por la institución de crédito, con lo que incumplió su obligación de abstenerse de realizar retiros que sólo podía hacer la parte depositante, para lo cual podrá exigir no sólo la aportación de los registros del banco sino, inclusive, ofrecer la *prueba pericial en informática*, entre otros medios de comprobación a su alcance (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito)."

Por otra parte es importante subrayar que la teoría de la prueba judicial no se contrae exclusivamente a la temática de la prueba procesal, sino que

está referida a consideraciones extrapotenciales, a técnicas y a procedimientos,<sup>7</sup> lo cual supone que las prácticas referentes a la informática, la microfilmación, los archivos magnéticos, etcétera, no toman en cuenta las disposiciones legales o bien no consideran consignas específicas en torno de estos soportes.<sup>8</sup> Existe todavía una resistencia a que los juzgadores acepten y valoren los soportes informáticos que contienen registros de cheques, pagarés, facturas y documentos similares.

En el plano internacional, en países como Australia, Gran Bretaña, Suecia, Suiza o Francia, se ha dado paso a importantes modificaciones que han considerado otro tipo de pruebas y técnicas, como en el caso de Francia, que por medio de una reforma legislativa permite a los bancos, sociedades de crédito y todas aquellas instituciones que requieran archivar numerosos documentos contractuales, poderlos reemplazar con copias que tengan las calidades de “durabilidad” y de “fidelidad al original”, como sería, por ejemplo, el uso de microfichas, siempre que no sean susceptibles de modificaciones a nivel de borraduras o enmendaduras.<sup>9</sup>

Estas preocupaciones han sido atendidas desde hace décadas por estos países que representan la avanzada en lo referente a informática.

“Gran Bretaña, por ejemplo, en su *Ley de Evidencia Civil* de 1968, cuya quinta sección se encuentra dedicada a la informática, o la *Ley de Enmienda sobre la Evidencia* australiana de 1972, que aun entrando en detalles técnicos como la descripción de los *outputs*, considera a la informática como un derecho de prueba eficaz (Sección 14), demuestran la preocupación de algunas naciones, siempre conscientes de la necesaria y continua actualización de dichos textos, de adaptar los ordenamiento legales, en este caso en materia de prueba, respecto a los cambios provocados por el incontenible avance de la tecnología informática”.<sup>10</sup>

Como ya fue señalado, nuestra legislación ha adaptado en poca medida el texto necesario para atender estas realidades, salvo en casos como la *Ley del Mercado de Valores*, que en su capítulo de “Disposiciones finales” determina la conceptualización de medios telemáticos o de soportes materiales de información con compatibilidad técnica. También el Código de Comercio incluye

en su artículo 89 el concepto “mensaje de datos”, determinando que se trata de la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología,<sup>11</sup> además de establecer significados a diversos términos relativos a lo digital y a lo electrónico precisados allí. Asimismo, en su artículo 90 contempla el origen de los mensajes de datos y la manera de identificarlos.

Aunque debe precisarse que todo lo anterior se debe a la urgencia inmediata de las exigencias prácticas, quedando pendiente la estandarización o la integración de guías para comprender el valor probatorio que implican dichas pruebas, que ya no son ajenas prácticamente a ningún plano o materia del Derecho.

La adaptación de la labor jurisdiccional, de la abogacía y de todos los operadores del ámbito jurídico respecto de la prueba informática, debe partir de la culturización de la misma; puesto que antes de que permee o se inscriba en el sistema jurídico de manera efectiva será necesario difundir su naturaleza y su alcance, y habituarse a la utilización y el conocimiento de la misma; por lo que se requiere un trabajo constante y previo de capacitación y familiarización con esos mecanismos e instrumentos, antes de hacerlos asequibles al ordenamiento jurídico y sus componentes humanos. ■

\* Secretario proyectista en la tercera ponencia de la Sala Especializada en Materia de Anticorrupción y Responsabilidades Administrativas del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Sonora.

<sup>2</sup> Rodrigo Rivera Morales, *Los medios informáticos: tratamiento procesal*, Colombia, 2008, p. 303.

<sup>3</sup> Pablo Alfonso Aguilar, *¿Derecho informático o informática jurídica?*, México, UNAM.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> José Enrique Pérez Palací, “La prueba electrónica: consideraciones”. Recuperado de <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/39084/1/PruebaElectronica2014.pdf>.

<sup>6</sup> Anselma Vicente Martínez, *La prueba digital en la automatización de los procesos jurisdiccionales*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2016. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/30.pdf>.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> “XVI. Valor probatorio de los soportes informáticos”. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1941/18.pdf>.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> *Idem*.

<sup>11</sup> María Teresa Olmos Jasso, “Valor probatorio de los documentos electrónicos”. Recuperado de <http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/valorprobatoriodelosmedioseselectronicos.pdf>.