

## LA TUTELA JUDICIAL EN EL CIBERESPACIO: NUEVOS INTERROGANTES EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS<sup>1</sup>

DOCTORA DÑA. M.<sup>a</sup> CORAZÓN MIRA ROS  
*Académica Correspondiente de la sección de Derecho  
de la Real Academia de Doctores de España  
Profesora Titular de Derecho Procesal.*

El mundo en que vivimos se ha transformado por virtud de *internet*. Se ha transformado además muy rápidamente, en espacio de muy pocos años. Enseguida se han visto las ventajas inconmensurables de una humanidad interconectada a través de *internet*. La clave de la actual globalización es, en efecto, *internet*. Tiene también —¿qué duda cabe?— sus peligros y sus contrapartidas, pero, sin duda, desmerecen frente al avance que supone la universalización de las comunicaciones, su simplificación e instantaneidad, con el consiguiente acercamiento entre las personas y, como consecuencia de ello, el aumento derivado de la productividad en general por la agilización de todos los procedimientos, con la consiguiente reducción de costes.

La interconexión en la red se ha impuesto en el ámbito de nuestras propias relaciones personales y familiares, se ha impuesto en el ámbito del Mercado y se ha impuesto también en el ámbito de las Administraciones públicas. La Unión Europea, desde múltiples instancias, predica constantemente la necesidad de incorporar las nuevas tecnologías al funcionamiento de las Administraciones públicas de sus Estados-miembro, algo que ha dado lugar en nuestro país a una amplia acción legislativa a favor de una Administración cada más digitalizada, una *Administración electrónica* (como postula la Ley 11/2007 sobre *el acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración*), con un programa de inversiones en el que, la verdad, si se compara con el esfuerzo inversor canalizado hacia otros sectores públicos (entre los que la gran mimada ha sido, desde luego, la Administración tributaria), la Administración de Justicia, en cambio, ha cumplido más bien el papel de la pobre cenicienta, siendo la última en beneficiarse de esa implementación electrónica.

Pero, aunque tarde, la transformación tecnológica también ha llegado, finalmente, en nuestro país, al ámbito judicial, de la mano del denominado *Plan Estratégico de Modernización de la Justicia* (para los años 2009 a 2012), seguido por leyes como las dos de

---

<sup>1</sup> Discurso de Investidura como Académica Correspondiente en la Real Academia de Doctores de España de la Doctora M.<sup>a</sup> Corazón Mira Ros, pronunciado el 28 de septiembre de 2011 y presentado por el Doctor D. Rafael Morales-Arce Macías.

2009, de *reforma de la legislación procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial*, o la nueva *Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del Uso de las tecnologías de la información y de la comunicación en la Administración de Justicia*, publicada recientemente en el Boletín Oficial, a punto de iniciar el rodaje, aparte de otras varias iniciativas legislativas actualmente en curso, aunque no quisiera yo aquí ahora aburrirles con su enumeración. Baste indicar que se trata de un proceso en marcha o que, desde luego, lo que no tiene ya es marcha atrás...

La ventaja de que todos nuestros juzgados y tribunales trabajen en red y en tiempo real, a través de una intercomunicación constante, con un intercambio instantáneo y continuado de información, es ya, francamente, irrenunciable. Baste invocar, si no, como todos recordamos con consternación, el luctuoso caso MARI LUZ, aireado, hace no tanto, a bombo y platillo en todos los medios de comunicación, de incumplimiento de una sentencia de condena por quien, teniendo antecedentes penales por otras causas pendientes, seguidamente perpetró el asesinato y violación de una menor, cuando esa excarcelación por un error judicial se hubiera fácilmente evitado, de haber tenido el juez que la autorizó la posibilidad de realizar con carácter previo una consulta directa al registro de penados por medios telemáticos.

Las ventajas inherentes a la electrificación de todo el aparato judicial y del proceso en su conjunto son innegables. Pero también es verdad que la implementación de las nuevas tecnologías impone la necesidad de una adaptación técnica no sólo de los medios materiales en la Administración de Justicia, sino también de las categorías dogmáticas del propio Derecho procesal. Algo que es quizá incluso aún más difícil.

Pasar del legajo al expediente judicial electrónico supone un cambio no sólo de la práctica, sino también de la teoría. El principal reto de los procesalistas actuales durante los próximos años va a ser (está siendo ya) el problema de cómo dar encaje teórico abstracto dentro de la dogmática procesal a los nuevos avances tecnológicos.

La tecnología le interesa al procesalista incluso cuando falla, que es cuando surge el litigio. Todos somos conscientes de que las posibilidades del ciberespacio son inmensas, sí, pero también sus riesgos. *Internet* genera un dispositivo con el mismo grado de sofisticación que de fragilidad... en el que puede haber fallos. Multiplicidad de peligros frente a los que no es fácil tener capacidad de respuesta. La tutela judicial en el ciberespacio plantea infinidad de interrogantes. Y el Derecho procesal no puede quedarse mudo.

Una de las incógnitas consiste en la paradoja de que la intercomunicación a través de la red, a la vez potencia la libertad del individuo, entraña en sí misma un mecanismo de control. Con ello se suscita la duda, casi angustiada, de si existe un control judicial sobre ese sistema de control que es *internet*.

Es una buena pregunta para un procesalista.

En efecto, donde, sin duda, está hoy más expuesta la propia privacidad del individuo, que es tanto como decir su propia libertad personal, es en el ámbito de las comunicaciones telemáticas. *Internet* ha pasado a ser el gran ojo panóptico orwelliano, el premonitorio «*aleph*» de Borges. Como en la célebre construcción del «panoptismo» de Bentham, si hay un vigilante que todo lo ve sin ser visto eso es hoy *internet*. Nada escapa a su mirada, pues todo está en la red, el perfil personal de cada usuario, sus comunicaciones con otras personas, sus compras, sus trabajos, sus entretenimientos, sus amigos de *facebook*, su vida en general.

Enseguida se comprende la importancia de preservar la propia privacidad dentro de ese espacio abierto que es *internet*. El apartado tercero del artículo 18 de nuestra Constitución garantiza «*el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial*». La reserva de las comunicaciones queda, pues, por imperativo constitucional, bajo la salvaguarda de los tribunales, en el sentido de que dentro de la confidencialidad de quienes se intercomunican no cabe ninguna otra interferencia más que la de un juez.

Cuando nuestro constituyente formulaba esta declaración en 1978 no existía todavía *internet*. Por eso sólo habla de comunicaciones «*postales, telegráficas y telefónicas*», incluso la mención de estas últimas, las telefónicas, suponía ya de por sí un avance en esa época frente a la legislación procesal entonces vigente, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal del pasado siglo, a la que sólo le preocupaba el secreto de las comunicaciones postales y telegráficas, pues el legislador decimonónico desconocía todavía el teléfono. Las escuchas telefónicas no se incluyen en la redacción de los artículos 579 y siguientes de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta su reforma por una ley orgánica de 1988.

Pero nuestro legislador procesal sigue en esta materia tan difícil de la confidencialidad de las comunicaciones todavía con la misma asignatura pendiente. Con la eclosión de las nuevas tecnologías la realidad se ha distanciado de la norma ahora incluso más que antes. Nuestro legislador procesal desconoce la existencia de los teléfonos móviles, los mensajes por *sms*, las conexiones telemáticas y el mundo de *internet*. La primera voz de alarma frente a este anacronismo legislativo la ha dado, entre los procesalistas, mi maestro el Profesor Gimeno Sendra, al denunciar (en un artículo reciente, todavía en prensa) que el acto instructorio para la intervención judicial de las comunicaciones se encuentra en una «*práctica anomia legislativa*».

Pero no me interesa aquí el detalle de esa regulación, sin duda obsoleta y plagada de lagunas e insuficiencias, sobre los presupuestos procesales necesarios para que un juez pueda intervenir el contenido de las comunicaciones o sobre los condicionamientos de la policía al cumplir esa orden, siempre bajo control judicial, a través, actualmente, del llamado sistema *SITEL* (*Sistema Integral de Interceptación de Telecomunicaciones*), que ha sustituido el antiguo «pinchazo» de la línea telefónica por un nuevo dispositivo automático, mucho más moderno, integrado en el Centro Nacional de Inteligencia, bajo la dependencia del Ministerio del Interior.

Cuestiones de procedimiento aparte, la clave está en que la intervención del contenido de las comunicaciones sólo pueda activarse, en todo caso, como consecuencia de una orden judicial previa, conforme al mandato constitucional, independientemente del medio más o menos rudimentario o *super* sofisticado que pueda emplearse para ello.

La polémica sobre *SITEL* como herramienta en manos de la Policía (a raíz de una impugnación, al cabo, rechazada por el Tribunal Supremo) se debió no a la falta de control judicial, sino al aspecto técnico de que su activación alcanzase automáticamente a todas las comunicaciones operadas desde el teléfono interceptado y no sólo las que fuesen de interés para la instrucción de la causa, obligando con ello a una selección *a posteriori*, bajo control judicial, del contenido a conservar o eliminar en la grabación finalmente aportada al juicio.

La posible sospecha de inconstitucionalidad no está hoy en la normativa sobre la intervención de las comunicaciones, sino sobre la conservación de los llamados «datos del tráfico», que son los elementos que permiten conocer no el contenido de lo comunicado, pero sí la identidad de los aparatos intercomunicantes, sus suscriptores y

el momento y la duración de la intercomunicación. Igual que en la instalación de un teléfono fijo queda necesariamente registrado su titular, todo teléfono móvil tiene su *MSI* (*Mobil Subscriber Identity*), es decir, la identificación del suscriptor que lo adquiere en el acto de la compra, y un número de identificación del propio aparato, el denominado *IMEI* (*International Mobile Equipment Identity*), del mismo modo que cada ordenador tiene necesariamente asignado por su fabricante un número identificativo, que es el *IP* (*Internet Protocol*).

La Ley 25/2007, de 18 de octubre, de «*conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones*», impone a las compañías suministradoras de telecomunicaciones la conservación obligatoria (durante determinado plazo) de los datos de tráfico de todas las comunicaciones electrónicas suministradas. Se trata, por tanto, de una interceptación de determinados datos referentes a una comunicación, cuyo registro se practica sin ninguna resolución judicial previa, sino *ope legis*, de modo automático, por parte de la empresa proveedora de servicios de telefonía o de conexión a *internet*.

Es verdad que son datos referentes no al contenido de la comunicación, sino a sus elementos externos, pero también es cierto que esos detalles permiten recuperar el número identificativo de los aparatos interconectados y sus suscriptores o presumibles usuarios mantenedores de esa comunicación entre sí, así como la fecha y la duración de la interconexión y, en el caso de la navegación por *internet*, el propio contenido de la comunicación establecida entre consultante y consultado cuando se trate de la visita a una página *web* expuesta en la red.

Ese fichero obligatorio de datos relativos a las comunicaciones electrónicas supone, independientemente de cómo luego se gestione, ya de por sí la intromisión de un tercero ajeno a los comunicantes en la comunicación, como es la propia operadora de telecomunicaciones que efectúa ese registro, sin previa resolución judicial, pese al mandato constitucional. Por supuesto que el tratamiento posterior de ese fichero, cualquier cesión de datos a partir del mismo, no podrá efectuarse sino de acuerdo con la ley de protección de datos, pero eso ya es otro problema distinto, de salvaguarda de la intimidad, que no se confunde con el derecho a la privacidad de las comunicaciones, prueba de ello es que una y otro se enuncien en dos apartados distintos del mismo artículo 18 de nuestra Constitución, su apartado primero y su apartado tercero.

Cuando el apartado tercero garantiza el secreto de las comunicaciones, no se refiere al secreto de lo comunicado, sino al secreto de la comunicación en sí; es decir, no preserva la confidencialidad del contenido objeto de la comunicación (salvaguardado por el derecho a la intimidad proferido en el apartado primero), sino la privacidad de la comunicación como relación exclusivamente *inter partes*, en el sentido de vetar la intromisión o interferencia de cualquier tercero que no sea un juez. Algo que evidentemente no se cumple, como hemos visto, en el caso de las comunicaciones electrónicas, dada la obligatoria interceptación y conservación de los llamados «datos del tráfico» por parte de las operadoras de telecomunicaciones.

Nuestra Ley de 2007, que ni siquiera es una ley orgánica, al imponer ese deber a las operadoras de telecomunicaciones, bordeando el límite constitucional, traspone, en realidad, una directiva comunitaria proveniente, a su vez, de Estados Unidos. Fue una medida que suscitó en su momento cierto revuelo, aunque también colaboró a que saliera adelante sin demasiados detractores, probablemente, el atentado terrorista del 11-M, ocurrido pocos meses antes, igual que los atentados del 11 de septiembre tras-

tocaron en Estados Unidos el entero sistema de seguridad y libertades. Que el aparato de un pequeño teléfono móvil fuese el arma detonante capaz de hacer estallar por los aires los trenes de la estación de Atocha, o que *internet* pueda ser un arma todavía aun más mortífera en la perpetración de cualquier ataque cibernético, hace pensar que el alcance de las comunicaciones desborda con mucho el interés exclusivo de los propios sujetos intercomunicantes, cuando se establece por medio de conexiones inalámbricas o telemáticas, todavía desconocidas en 1978, cuando se aprobó nuestra Constitución. El apartado tercero de su artículo 18 quizá merezca hoy, como consecuencia de las nuevas tecnologías, probablemente, una interpretación correctora que permita la interferencia preventiva de determinados datos externos de las conexiones electrónicas, aunque es difícil saber hasta qué punto esos datos no proporcionen, a la vez, una pista excesiva sobre la propia comunicación en sí.

Los avances tecnológicos imponen la necesidad de adaptar las categorías jurídicas. Dentro de ese empeño, otro esfuerzo considerable va a ser el de cómo dar encaje dentro del proceso a la prueba de las comunicaciones electrónicas, tema tan complejo como el de su interferencia, por la misma confusión que deriva de la problemática técnica que lo envuelve.

La difusión del comercio electrónico a través de *internet* ha transformado la operativa del contrato, el *modus contrahendi*. Las transacciones telemáticas se multiplican en una economía cada vez más globalizada en la que se ha generalizado el llamado *documento electrónico* como forma contractual. Qué valor probatorio tenga ese así denominado *documento electrónico* va a ser determinante para la seguridad del tráfico jurídico. La respuesta a esta pregunta incumbe a los procesalistas. Su criterio parece decisivo. Todo depende de cómo esa forma electrónica del contrato sirva de medio de prueba en el proceso.

El documento electrónico o, lo que es lo mismo, la voluntad contractual forjada a través de medios electrónicos ha reavivado de nuevo entre los civilistas el antiguo enfrentamiento dogmático que suscitara la vieja disquisición pandectista sobre la teoría de la voluntad y la teoría de la declaración como clave explicativa de la eficacia del contrato. Ese mismo dilema se suscita hoy en torno a la firma digital de un contrato electrónico, como mecanismo de imputación de la autoría sobre la integridad del contenido de una declaración emitida por medios electrónicos.

Como todos ustedes saben, los documentos electrónicos se caracterizan por carecer de base material tangible y, por igual razón, de firma reconocible materialmente. Por eso no cabe saber con absoluta certeza quién sea el verdadero autor de un determinado mensaje electrónico en caso de controversia. La identificación del declarante y la fijación del contenido íntegro de su declaración sólo puede formularse como conjetura presumible a partir de indicadores más o menos fiables. Lo que se conoce como la creación de un dispositivo de firma electrónica consiste, en realidad, en la configuración de esos indicadores por medio de algún tipo de clave, cuya complejidad puede variar desde un sistema elemental a fórmulas algorítmicas o matemáticas mucho más complicadas.

De acuerdo con un esquema elemental, el remitente de un mensaje electrónico procedería a encriptarlo mediante algún tipo de clave sólo compartida por su posible destinatario, que, al recibir el mensaje y aplicar esa clave, conseguiría entonces desencriptarlo. Al tratarse de una clave compartida recíprocamente entre remitente y destinatario, se habla de *criptografía simétrica*.

La criptografía simétrica presupone, necesariamente, un número limitado de destinatarios predeterminados, que podrían comunicarse o contratar entre sí telemáticamente

dentro de un circuito cerrado. No sirve, por tanto, para una contratación en un circuito abierto a un número indeterminado o desconocido de sujetos, como ocurre en el comercio electrónico a través de *internet*. Aquí se impone, en cambio, un sistema más complejo, cifrado por medio de fórmulas o algoritmos matemáticos mucho más complicados, denominado de *criptografía asimétrica*, en el que se opera necesariamente a través de la interposición de un *tercero de confianza*, la así llamada *entidad certificante* de la firma electrónica. Esta entidad, que puede ser pública o privada, pero que cumple siempre una función privada y mercantil en régimen de libre competencia, como tercero, *tercero de confianza*, pero tercero ajeno a una relación contractual entre otros sujetos establecida por medios electrónicos, presta a uno de ellos un servicio convenido consistente en responsabilizarse de la autenticidad de su firma electrónica frente al otro y cualesquiera otros posibles futuros contratantes *on line*.

Para ello, la entidad certificante atribuye al sujeto cuya firma va a certificar (su cliente), previa comprobación de su identidad, una doble clave consistente en una clave pública bajo la que ese cliente se incorpora a un directorio o registro llevado por la entidad de certificación públicamente accesible *on line* por parte de todos los que, en adelante, pretendan contratar con él por medios telemáticos, y otra clave privada, sólo conocida y disponible por parte del propio cliente. Al remitir éste un mensaje cifrado con su clave privada, la entidad certificante, cruzándola con su correspondiente clave pública, si ambas encajan, imputa entonces la autoría del mensaje a quien figura como titular de la clave pública, responsabilizándose de la autenticidad e integridad del mensaje frente a su destinatario. La firma certificada se convierte entonces en una *firma electrónica reconocida*, que merece la confianza de los terceros por virtud de la seriedad y la solvencia económica de la entidad que la certifica.

La duda es si ese certificado de la entidad certificante asignando la autoría del mensaje al remitente entraña frente a su destinatario una presunción de autenticidad sólo *iuris tantum* o, por el contrario, *iuris et de iure*. Es decir, si la entidad certificante vincula o no con su certificado al supuesto remitente, independientemente de que lo sea o no.

No es fácil resolver el conflicto. En el fondo subyace la duda de si la obligación nace de la voluntad o de la declaración. Nuestra normativa especial sobre firma electrónica, en algún momento de su articulado, parece seguir la teoría *declaracionista*, quizá por el afán prioritario (también patente en la Directiva europea de 1999) de dar seguridad jurídica al comercio electrónico. Según la teoría declaracionista, cada contratante queda vinculado por la confianza en la apariencia que su respectiva declaración suscita en la contraparte contractual. En este sentido, también aquí quien deviene titular de un dispositivo de firma electrónica reconocida genera de este modo una apariencia de legitimidad en el tráfico, de eficacia jurídica autovinculante, siempre que ese dispositivo haya funcionado correctamente, por haber el certificado emitido una entidad certificante regularmente constituida prevista en la ley.

Este entendimiento de la firma electrónica, sin embargo, parece desproporcionado. Choca con el sentido espiritualista de nuestro ordenamiento civil. El empecinamiento en la eficacia a ultranza de la firma electrónica podría ser además contraproducente y retraer su uso por los riesgos que comporta. Piénsese, no ya en una disfunción mecánica del sistema o una negligencia de la entidad certificante, sino en un uso incontestado de la firma electrónica por un titular víctima de abuso, fraude o sustracción. Mantener en estos casos la eficacia de una adquisición *a non domino* sería excesivo, máxime cuando la tenencia de una firma electrónica no es algo ya voluntario, sino obligatorio para



todos los ciudadanos, desde el momento en que nuestro nuevo *Documento Nacional de Identidad* consiste ahora en una tarjeta provista de un *chip* y un número *PIN* a la que se incorpora un dispositivo de firma electrónica.

La normativa especial sobre firma electrónica es contradictoria. Su interpretación no es clara. La firma electrónica reconocida tendrá el mismo valor —dice la Ley— que una firma manuscrita en papel. No comporta, por tanto, por sí misma ninguna presunción de autenticidad. El documento con firma electrónica reconocida no es, en principio, un documento auténtico. Prueba de ello es que, de acuerdo con la clasificación formulada por la propia Ley de Firma Electrónica (en concordancia con la llamada teoría de la *accidentalidad de la materia* o del *indiferentismo material*), el documento en soporte electrónico, igual que en papel, puede ser un documento público electrónico o un documento privado electrónico, según se forje con o sin intervención de un funcionario público. Ni el soporte electrónico ni la certificación de la firma reconocida por una entidad certificante alteran su naturaleza cuando es privado, ni lo convierten en público o auténtico, si no se forja con la intervención de un funcionario público.

Esta clasificación contenida en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica es clave en el ámbito procesal, pues la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su actual art. 326, mediante un nuevo párrafo añadido, precisamente, por la Ley de Firma electrónica) dispone que «*cuando la parte a quien le interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica*». La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, al hacer mención expresa, dentro de este artículo 326 referido a los documentos privados, del «*documento electrónico*» y remitirse a la Ley de Firma Electrónica, evidencia un criterio favorable, por tanto, a la consideración de los documentos electrónicos como un medio de prueba documental.

Antes de su reforma en 2003 por la Ley de Firma Electrónica, nuestra Ley procesal admitía la firma electrónica como medio de prueba en juicio, pero sin determinar de qué medio de prueba se tratase ni atribuirle carácter de prueba documental. Más bien al contrario, la naturaleza como medio de prueba documental de la firma electrónica quedaba desmentida por la circunstancia de no aparecer incluida dentro de la enumeración de los documentos públicos o privados, sino sólo prevista en el artículo 229, junto a las reproducciones audiovisuales y los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras o datos relevantes para el proceso.

La admisión en juicio de la firma electrónica se articula ahora, por el contrario, como prueba documental. El documento sigue siéndolo, lo mismo en papel que en soporte electrónico. Se ha dicho que la morfología del documento no compromete su sustancia, como demuestra el hecho de que su grafía o su materia han ido cambiando en cada civilización y en cada época. Sin embargo, el concepto de documento como medio de prueba no deja de ser una de las categorías más complejas dentro de la técnica procesal.

Quizá porque el carácter de un medio de prueba como documento sea algo contingente y relativo o temporal, nunca absoluto o definitivo. «*Documento*» (del latín *docere*, enseñar), si somos fieles a la etimología, es lo que se muestra por sí mismo: el medio directamente reconocible cuyo significado probatorio, al comprenderlo por sí mismo, puede el juez apreciar por sí solo, sin necesidad del auxilio de ningún otro sujeto, como un perito o un intérprete. En este sentido, el documento es un medio de prueba autónomo, pues se comprende por sí mismo. Por eso la prueba documental es una prueba privilegiada.

Pero el documento comprensible para unos puede no serlo para otros, de modo que cuando el documento deja de ser comprensible, deja de ser entonces documento, dando paso a un problema de prueba pericial. El mismo medio de prueba que puede valer como documento en determinado momento y lugar, puede perder esa virtualidad documental, cuando pierde su comprensibilidad directa o autónoma, como el documento vetusto comprensible acaso por un entendido en paleografía pero no por un juez, o el documento extranjero necesitado de un traductor. La comprensibilidad del documento depende, por tanto, no sólo de su fisonomía, sino también de la capacidad intelectual de aquél ante quien se presente. El documento es algo, aunque de manera interrelacionada, no sólo fenomenológico, sino también intelectual. En este sentido, la morfología del documento no parece que sea tan indiferente, en la medida en que su comprensión depende de cómo se exteriorice.

Contrariamente a la teoría del indiferentismo material, el soporte del documento puede afectar a su comprensión. Así como la integridad o la autenticidad de un documento escrito en papel, por la existencia de soberraspados o por la fisonomía gráfica de una letra o una firma sobre el papel, son extremos que, en caso de impugnación, puede el juez hasta cierto punto apreciarlos por sí mismo, la falta de integridad o autenticidad de un documento electrónico, en caso de impugnación, obligaría al juez, necesariamente, a servirse del auxilio de un perito, y en ese caso el documento electrónico dejaría de ser documento para convertirse en un medio de prueba objeto de dictamen pericial, salvo que el documento electrónico fuese copia de otro en papel, por la posibilidad de que el juez cotejase entonces directamente su matriz.

Los documentos públicos electrónicos que son copia de otros que no lo son, sino que su matriz obra en papel (como el protocolo notarial), tienen, por tanto, un valor documental reforzado. Si se me permite expresarlo así, hay documentos que son más documentales que otros. Cuando se trata de fijar el valor de la firma electrónica ante los tribunales, esta consideración puede tener importantes consecuencias.

La difusión imparable del documento electrónico se explica como una pieza más dentro del engranaje general de la llamada *sociedad de la información* en la era digital. Una digitalización que, por imperativo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, sobre *el acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, alcanza ya obligatoriamente a todas las Administraciones públicas, incluida la Administración de Justicia. Los procesalistas nos encontramos así ante la tesis de dar encaje dogmático no sólo al documento electrónico como medio de prueba en el proceso, sino a la entera electrificación del procedimiento en su conjunto, el llamado expediente judicial electrónico.

Hay que mentalizarse de que, muy pronto, el papel va a desaparecer del estrado, igual que, en general, de todas las oficinas públicas. Esa imagen casi costumbrista de nuestros juzgados con gente trabajando rodeada de papeles por todas partes, con torres de legajos apilados por los pasillos e innumerables carpetas arrumbadas por los rincones pronto quedará sólo como un recuerdo en nuestra memoria. El Plan Estratégico de Modernización de la Justicia (anunciado por nuestro Ministerio de Justicia en el año 2009) pasa por una política de *papel cero*, auspiciada desde diversas instancias de la Unión Europea. Con ello se trata de imponer un modelo de eficiencia y agilidad en la tramitación de los asuntos, que permita superar la inveterada ralentización de la Justicia.

Dentro de esta andadura se han dado ya algunos pasos considerables. Uno de los primeros fue la creación de un sistema informático de gestión procesal en las oficinas judiciales (denominado *MINERVA* y *MINERVA NOJ*), para lograr la interoperabilidad



interna de todos los órganos judiciales mediante una interconexión en red en tiempo real, luego abierta, a través del denominado *punto neutro judicial*, para el intercambio de información, a otras Administraciones y dependencias públicas (como el Ministerio fiscal, la Policía, Tráfico, Instituciones Penitenciarias, la Agencia tributaria, notarías y registros y demás oficinas públicas).

Enseguida, se abre también la accesibilidad telemática de la oficina judicial a los profesionales (abogados y procuradores), mediante la instauración del llamado sistema *LEXNET* (por un decreto del año 2007), a fin de dar entrada y salida electrónica dentro del expediente judicial a los actos de comunicación entre partes y juzgado (y viceversa), por medio de un correo electrónico securizado con firma electrónica reconocida, que se impone como única vía para la presentación judicial telemática de todo tipo de escritos (incluidos los de demanda, contestación a la demanda, reconvencción, recursos, notificaciones y aportación escaneada de documentos complementarios).

Para salvar la compatibilidad informática de *MINERVA* y *LEXNET* con el sistema digital peculiar de cada ámbito territorial o institucional (cuya descoordinación fue la causa del desgraciado caso *Mari Luz*) se ha desarrollado recientemente el denominado *EJIS* (*Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad*), que va a servir ahora como modelo de funcionamiento a la nueva Oficina judicial implantada por las Leyes 1 y 13 del año 2009, de acuerdo con la nueva reordenación introducida por la Ley 18/2011, de 5 de julio, sobre *el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia*. Una ley que se acaba de estrenar.

La sustitución de los legajos en papel por el *microprocesamiento* y almacenaje de datos electrónicos es ya irreversible. Pero este esfuerzo de digitalización de las actuaciones judiciales debe ser también retrospectivo, alcanzando no sólo a los expedientes futuros o en curso, sino incluso a los procedimientos ya cerrados y al contenido, en general, de los archivos judiciales. Semejante labor está ahora en marcha como experiencia piloto desde hace algunos meses (pese a su arranque quizá sin suficiente cobertura legal) en la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo. Sólo en la Audiencia Nacional se llevan digitalizados ya más de 25 millones de folios.

Este *volcado* informático de todo lo que hasta ahora haya sido objeto de una documentación en papel a un soporte electrónico adolecerá también, como toda obra humana (¿qué duda cabe?), de frecuentes descuidos o impurezas, que obligarán, en ocasiones, a una revisión de textos, similar históricamente a la de la doctrina romanista sobre las famosas *interpolaciones* producidas en el Derecho romano como consecuencia de la transcripción en papiro de los antiguos códigos en pergamino, cuando el papiro termina imponiéndose como soporte documental en casi todo el Imperio.

Algo así va a pasar con la digitalización judicial. Sólo que la electrificación de los expedientes y archivos judiciales provoca además el efecto cualitativo de convertirlos en una base de datos no sólo de uso interno dentro de la propia organización judicial, sino también de acceso externo mediante la posibilidad de su consulta telemática *on line* tanto por las partes del litigio como incluso por los terceros ajenos al proceso. La actual visibilidad a través de *internet* de las actuaciones judiciales puede tener consecuencias insospechadas. La consulta *on line* de los expedientes judiciales electrónicos obliga a un replanteamiento del sentido de la publicidad del proceso. Cómo deba hoy entenderse, ante el alcance de las conexiones telemáticas, el principio de publicidad que preside la celebración del juicio, es otra buena pregunta para la moderna escuela procesalista.

Según la célebre formulación de Bentham, «*la publicidad de la justicia somete a juicio al mismo juez*». Todo debe ser con «*luz y taquígrafos*». Cuando quiebra el sistema histórico del *Antiguo Régimen* y hace aguas el modelo de la llamada «*Justicia de Gabinete*», la publicidad de los juicios se proclama entonces como una garantía de los ciudadanos frente al poder político. Pero la publicidad se entiende, desde el punto de vista procesal, como la admisión del público en general dentro del escenario de celebración del juicio, un proceso *de puertas abiertas*, como medida disuasoria impuesta en garantía de los ciudadanos frente al riesgo de arbitrariedad judicial o de influencia gubernamental en el funcionamiento y la composición de los órganos jurisdiccionales. La discusión entre los procesalistas sobre el alcance de la publicidad de los procedimientos se centra únicamente en torno a si también debe darse o no entrada en la sala de los medios de comunicación.

El debate actual sobre la publicidad de las actuaciones judiciales no está en quiénes tienen derecho de asistencia física a la vista ni en la cabida material del estrado, sino en la accesibilidad telemática a través de *internet* al contenido de los expedientes judiciales, su grado de visibilidad en la red. La cuestión es si esa accesibilidad *on line* debe articularse como un sistema cerrado con alcance sólo a las partes del procedimiento o a quienes tengan un interés legítimo en él, o por el contrario, como un sistema abierto al público en general.

La opción por un sistema cerrado, limitado a las partes en el procedimiento, llevaría al entendimiento de esa accesibilidad telemática como una prolongación de su derecho a la tutela judicial efectiva (amparada por el art. 24 de nuestra Constitución), que incluye el derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas. La digitalización judicial tendría como primordial objetivo la agilización de la Justicia, eliminando itinerancias burocráticas en aras de la aceleración de trámites.

Por el contrario, un sistema abierto de acceso universal en la red a las actuaciones judiciales se entendería como un reflejo del derecho general de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos (proclamado por el art. 105 de nuestra Constitución), que respondería a un objetivo general de transparencia de la Justicia extensivo no sólo respecto a los expedientes o procedimientos cerrados integrantes de los archivos judiciales, sino también a los expedientes en curso. La transparencia judicial como presupuesto de la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia se configura en las democracias avanzadas como un elemento irrenunciable de control y un indicador de la cultura democrática.

Pero el problema es cómo conjugar esa finalidad de transparencia judicial con la protección de datos. Y aquí, Sancho, con la Iglesia hemos topado. En efecto, a los expedientes y archivos judiciales se incorpora una constelación de datos personales. Aunque muchos de ellos, considerados de manera individual, por sí solos, puedan ser inocuos y no afecten a la intimidad, sin embargo, su visibilidad global en la red puede proporcionar en conjunto (igual que cuando se juntan las teselas de un mosaico) una imagen o un perfil informativo cuyo control escape al propio titular de esos datos, con lesión no de su intimidad, pero sí de lo que se conoce como el derecho a la autodeterminación informativa (igualmente amparado por el art. 18 de la Constitución). Como el «*yo y sus circunstancias*» de Ortega, también el dato es el dato, sobre todo, por su relación con otros datos. Conforme a esa autodeterminación informativa sobre los propios datos, toda persona tendría derecho a conocer y controlar las informaciones que le conciernen procesadas en bases de datos, y a impedir su uso indebido o su manejo inapropiado por terceros.

La protección de datos no es un problema que permita distinguir entre expedientes en curso o expedientes cerrados, pues no depende tanto de dónde se encuentren sino de cómo se utilicen. Cómo administrar la transparencia judicial desde el punto de vista de la protección de datos es una cuestión que afecta por igual a expedientes y archivos.

La singularidad de las actuaciones jurisdiccionales y los intereses generales que en ella subyacen obligará entonces a seleccionar y, en algunos casos, elaborar o sistematizar con fines lícitos y legítimos los datos que han sido aportados como información accesoria al ejercicio de la potestad jurisdiccional, y requerirá una exigente valoración a la hora de posibilitar su consulta, que no sólo tenga cuenta la categoría a la que pertenecen los datos personales (sensibles y no sensibles), sino que atienda igualmente a la sede donde se encuentran los datos (expediente judicial, resolución judicial, edictos) y a la circunstancia en la que han sido recabados (que se trate, por ejemplo, de datos que han sido extraídos de actuaciones judiciales que se han generado en audiencia pública o, por el contrario, a «puerta cerrada», etc.).

Se impone entonces —con urgencia ya— un repliegue y una reorganización de lo que debe ser el núcleo duro de la publicidad de las actuaciones judiciales, una redefinición, primero, de la información judicial que podría ser difundida en Internet, y después una interpretación aperturista de los artículos 234 y 235 de la LOPJ, en el sentido de que interés conocido (o cognoscitivo) equivalga al interés general por conocer, implícito en toda solicitud de información, sin tener que depender de que algún funcionario, de modo impersonal, aprecie específicamente un interés legítimo acreditado en quien solicita la información.

Como contrapartida a esta posible corriente aperturista, a un posible sistema judicial *on line*, el legislador debiera sensibilizarse ante los usos ilícitos o indebidos que se pueden hacer de la información judicial y adoptar las medidas oportunas, algunas de las cuales se han implantado ya en el entorno de países latinoamericanos, donde predominaba inicialmente el derecho de acceso abierto, claramente sustentado en el rechazo de la ciudadanía a la inseguridad jurídica y la corrupción.

La inclusión en los sitios de Internet de motores de búsqueda capaces de ignorar los nombres o datos de las personas implicadas en la información judicial, la preferencia no por el nombre de las partes, sino por el número de expediente para localizar y recuperar en una base de datos la información procesal, o la técnica consistente en utilizar estándares de exclusión de los programas robots, impidiendo así que una búsqueda por Google, por ejemplo, dé resultados que procedan de las *webs* del Poder Judicial, son medidas claramente indicativas de una conciencia social cada vez más proclive a la apertura de la información judicial.

Pero la herramienta que se muestra más eficaz frente a los peligros de una apertura indiscriminada de la Justicia, es la identificación, previo pago, del usuario de la información judicial, como medida de protección contra el uso ilegítimo o ilícito de la misma. Es la solución imperante en Estados Unidos, pues los Tribunales Federales tienen su propio sistema de publicación de casos judiciales por medio de *PACER (Acceso público a los Registros electrónicos de los Tribunales)*, cuyo acceso, a diferencia de los sitios oficiales propios de los Tribunales Estatales y Federales, donde se accede gratuitamente, es a costa del interesado, una vez que se ha realizado la inscripción.

Llegados a este punto, surge entonces la pregunta inevitable de si tiene cabida en nuestro ordenamiento este sistema de *pago por visión (pay per view)*, que grave a quienes sean los beneficiarios o receptores de esa información telemática, mediante el

abono —con una tarjeta bancaria identificativa del usuario— de algún tipo de canon, que sirva además para cubrir, en todo o en parte, el coste del servicio. O ¿debiera ser el propio Estado, por el contrario, el obligado a sufragar —con cargo a una partida más de los presupuestos generales— la electrificación del proceso, posibilitando el acceso telemático *gratis* total a la información judicial?

Detrás de este interrogante subyace la controversia acerca de si la consulta *on line* supone un acceso directo por parte del propio ciudadano a la fuente originaria de la información, no sujeta, precisamente por ser pública, al pago de tasa alguna, o presupone, por el contrario, la exhibición no de la fuente originaria de la información, sino sólo de su reproducción o traslado en la red, susceptible entonces de quedar al pago de una tasa retributiva no de la información pública sino de su reproducción consultable en la red.

En este segundo caso, de ser legítimo entonces el cobro de una tasa, la duda sería la de cómo caracterizarla, si como una tasa judicial o, por el contrario, una tasa administrativa, ajena a los problemas de constitucionalidad y competencia estatal o autonómica que hoy penden todavía sobre la reintroducción de las tasas judiciales por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (impugnada ante el Tribunal Constitucional), consideradas por algunos como una traba inadmisibles frente al derecho constitucional de acceso a la jurisdicción (art. 24 CE).

Pensemos, además, que esta tasa va a suponer una partida tributaria de magnitud macroeconómica, dada la previsible dimensión masiva de las consultas *on line*. Por eso es preciso que su implantación se aborde de una manera frontal y transparente, con pleno respaldo legal, pues la implementación tecnológica va a depender, precisamente, de cómo se resuelva el problema de su financiación.

En el futuro, el avance de las nuevas tecnologías seguirá planteando otros muchos interrogantes a la doctrina procesalista, pues faltan muchas costuras por hilvanar, muchas cuestiones de detalle aún por resolver, sobre la transformación del proceso, sobre la aparición de un nuevo formalismo procesal, sobre la necesidad de adaptación también de las categorías dogmáticas.