

**UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL
MENCIÓN: PROCESAL CIVIL**



**ANÁLISIS DE LA EFICACIA PROBATORIA DEL CORREO
ELECTRÓNICO EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO**

Trabajo Especial presentado para optar al título de Especialista en
Derecho Procesal Civil

AUTOR: Abg. Jairo Sulbarán
C.I. : 13.371.139

TUTOR: Dra. Mariolaga Quintero

Maracaibo, Noviembre 2011

**ANÁLISIS DE LA EFICACIA PROBATORIA DEL CORREO
ELECTRÓNICO EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO**

INDICE

	pp.
INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO PRIMERO. CORREO ELECTRÓNICO. EFICACIA PROBATORIA DEL CORREO ELECTRÓNICO, ORDENAMIENTO JURÍDICO	7
1.- INTRODUCCIÓN AL TEMA	7
1.1.- Correo electrónico.....	7
1.2.- Orígenes de la Internet.....	9
1.3.- Sistema de Valoración de la Prueba.....	11
1.4.- Referencias del correo electrónico dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano.....	15
1.4.1.- Ley de Mensaje de Datos y Firma Digital.....	15
1.4.2.- Ley Especial contra los Delitos Informáticos.....	22
1.4.3.- La Estenografía.....	25
1.4.4.- Sistemas de Certificación.....	26
1.4.5.- SUSCERTE.....	27
1.4.5.1.- Vencert.....	27
1.4.5.2.- AC Raíz.....	28
1.4.5.3.- Cenif.....	28
1.5.- Medios de Pruebas aceptados por el Código de Procedimiento Civil.....	29
1.5.1.- Definición de Prueba.....	29
1.5.2.- Definición de Medios de Prueba.....	29
1.5.3.- Evolución de los Medios de Prueba.....	32
1.5.4.- Formas de Tratamiento Probatorio.....	33
1.5.5.- Fuentes y Medios de Prueba.....	33
1.5.6.- Legalidad del Documento Electrónico como Medio de Prueba.....	38
1.5.7.- Validez de los Documentos Electrónicos.....	39
1.5.8.- Régimen Probatorio de los Documentos Electrónicos.....	43
1.5.9.- Derecho de Probar y la Libertad de Medios Probatorios.....	48
1.5.10.- Medios de Prueba en el Procedimiento Civil Venezolano.....	50
1.6.- Sistema de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil Venezolano. Determinar el valor probatorio del correo electrónico como documento “escrito” en el proceso civil.....	52
1.6.1.- Sistemas de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil Venezolano.....	52
1.6.2.- Eficacia probatoria del correo electrónico de acuerdo a la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas electrónicas.....	53
1.6.3.- Riesgos frente a los documentos electrónicos y las firmas digitales.....	58
1.6.3.1.- Robo de Información.....	58
1.6.3.2.- Suplantación de Identidad.....	58
1.6.3.3.- Sniffers.....	58
1.6.3.4.- Modificación de Información.....	59
1.6.3.5.- Repudio.....	59
1.6.3.6.- Denegación del Servicio.....	59
1.6.3.7.- Elementos de Seguridad de los Mensajes de Datos y las Firmas Digitales.....	59
1.6.3.7.1.- Confidencialidad.....	60
1.6.3.7.2.- Integridad.....	60

1.6.3.7.3.- Autenticidad.....	60
1.6.3.7.4.- No Repudio.....	60
	pp.
1.6.4.- Admisibilidad del Documento Electrónico.....	60
1.6.5.- Condiciones de Admisibilidad de la Prueba del Documento Electrónico.....	64
1.6.6.- Promoción y Evacuación de la Prueba.....	65
CONCLUSIONES.....	67
RECOMENDACIONES.....	69
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

INTRODUCCIÓN

La informática nace con la ideal de ayudar al hombre en trabajos que se desarrollan de manera rutinaria, generalmente de cálculos y de gestión, el avance tecnológico de la computación ha aletargo la cotidianidad de la sociedad y han cambiado los modos de proceder e inclusive de vivir. Las computadoras son herramientas indispensables para la realización de tareas y solución de problemas, tanto así que sin ellas en la actualidad las actividades colapsarían.

En efecto la computadora, ha penetrado en todos los ambientes, manejándose gran cantidad de información para la consecución de los fines de una institución con eficacia y eficiencia, de lo que dependerá el éxito de la misma.

En este sentido, el sistema jurídico venezolano presenta diversas dificultades y trastornos referidos al manejo de la información legal. En la actualidad es evidente que la informática ha logrado penetrar en todos los ámbitos y conocimientos del saber humano, así como en el campo jurídico para agilizarlo, hacerlo más accesible, dando como resultado el nacimiento de otras ciencias (derecho informático y la informática jurídica), permitiendo aplicar al sistema legal, en este caso de estudio el Derecho Procesal Civil, las nuevas tecnologías que beneficiaran el desarrollo de esta rama del Derecho.

Hoy día se está inmerso en una nueva realidad y nuevos paradigmas, los mismos que surgen por el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías de la información. En este contexto corresponde al derecho la función de regular y contribuir a la implementación, en forma eficaz, de estas nuevas tecnologías en nuestra sociedad.

El avance de la tecnología también influye en la Administración de Justicia; es así que a fin de lograr una adecuada economía y celeridad

procesal, es promulgada la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas dictada en Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de Febrero de 2.001, posibilitando entre otras cosas; un nuevo medio de citación a través del uso del correo electrónico. Las citaciones electrónicas requieren el empleo de mecanismos técnicos, tales como servidores de base de datos, servidores de correo electrónico, redes cerradas, como una Intranet o extranet; y redes abiertas como el Internet. Corresponde al Derecho dar valor probatorio y eficacia legal a estas citaciones realizadas a través de medios electrónicos, y por otro lado, regular los mecanismos de funcionamiento de las mismas.

1.- INTRODUCCIÓN AL TEMA

Correo electrónico (correo-e, conocido también como e-mail), es un servicio de red que permite a los usuarios enviar y recibir mensajes y archivos rápidamente (también denominados mensajes electrónicos o cartas electrónicas) mediante sistemas de comunicación electrónicos. Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet, mediante el protocolo SMTP, aunque por extensión también puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos digitales. Su eficiencia, conveniencia y bajo coste están logrando que el correo electrónico desplace al correo ordinario para muchos usos habituales.

1.1.- Correo Electrónico

En la actualidad se distinguen tres tipos principales de comunicaciones por computadora: el correo electrónico (conocido como e-mail), las conferencias electrónicas y las bases de datos en línea. Algunos autores incluso agregan como una cuarta categoría a las comunicaciones entre computadoras dentro de una misma oficina a través de los sistemas internos conocido también como Redes de Área Local.

La doctrina informática ha sostenido que el correo electrónico en términos muy sencillos es "un equivalente electrónico del correo convencional con papel", y "una de las aplicaciones más frecuentemente utilizadas de las comunicaciones por computadoras". (MOLINA: 2.005. Pág. 79)

Con el correo electrónico las personas pueden enviar mensajes a un receptor, o a varios receptores simultáneamente, con un tiempo de envío que va de los pocos segundos a algunas horas, hasta más de un día en algunos casos dependiendo del servicio utilizado, y a un costo extremadamente bajo,

tanto a destinatarios locales como a los ubicados en distintas ciudades y países.

Anteriormente con el correo electrónico sólo podía enviar mensajes de texto, pero en la actualidad, es posible enviar todo tipo de datos binarios, tales como imágenes, sonidos, ficheros binarios, programas ejecutables, entre otros. Para ello es necesario que tanto el usuario que envía el correo como el que lo recibe cuenten con servidores de correo que cumplan o incluyan estos estándares. De allí que el correo fue uno de los primeros servicios ofrecidos por los sistemas de comunicaciones en red, pero no es un servicio exclusivo de la red Internet, y se ofrece prácticamente en todos los tipos de redes existentes.

Así mismo, se puede entender por correo electrónico a aquel proveniente de la elaboración electrónica, o aquel objeto físico dirigido a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural, realizado con la intermediación de funciones electrónicas.

En este sentido, resulta importante plantear varios cuestionamientos conducentes a la determinación de los correos electrónicos como verdadero medio de prueba en el ámbito específico del Proceso Civil Venezolano, tales como:

- 1 Se podrían considerar enmarcados dentro de la clasificación de documentos del Código de Procedimiento Civil.

- 2 Podrán servir los nuevos documentos electrónicos o informáticos como medios de prueba, aunque se debe tener en cuenta la ausencia en una gran cantidad de países, de una ley que los pueda clasificar como tal.

- 3 Frente al concepto "Documento Original", en el documento electrónico es difícil determinar la diferencia entre el documento original y la copia del mismo.

4 La seguridad de los medios electrónicos es suficiente para contrarrestar la desconfianza, incertidumbre y falta de credibilidad que el documento electrónico genera, ante las posibles alteraciones de su contenido.

Precisamente estas inquietudes que durante los últimos años rondaban entre los Justiciables y los Operadores de Justicia, fueron resueltas con la entrada en vigencia de la Ley Sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas dictada en Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

De allí que considerando que el correo electrónico se subsume dentro de los mensajes de datos, el Decreto con Rango y Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas define lo que se debe considerar en Venezuela por Mensaje de Datos en su artículo 2 en los siguientes términos: “Mensajes de datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.”

1.2.- Orígenes de la Internet

Las tecnologías en las cuales se basa el funcionamiento de Internet fueron inicialmente desarrolladas por el Departamento de Defensa Norteamericano con el proyecto DARPA, a finales de los años 60. Esta tecnología fue creada inicialmente con propósitos militares, pero luego las universidades y centros de investigación se unieron a esta red para compartir información científica y tener acceso a grandes centros de cómputo.

Señala el profesor Fernando Fuentes Pinzón en cuanto a los inicios de la Internet que:

“En julio de 1961, Leonard Kleinrock publicó desde el MIT el primer documento sobre la transmisión de la información por medio de paquetes. En 1962, JCR Licklider y W. Clark, publicaron un documento sobre la comunicación de las computadoras en línea. Dos años después (1.964), Paúl Baran publica su artículo: “Redes de Comunicación Distributiva”, donde se exponía sobre la trasmisión de la información por

medio de redes conmutadas por paquetes, sin necesidad de un punto único de control.

La primera interconexión de área amplia que se conoce, fue realizada en 1.965, por medio de la conexión de un ordenador TX2 en Massachussets con una Q-32 en el estado de California, a través de una línea telefónica de baja velocidad” (Fuentes: 2.007. Pág. 227)

Desde entonces se inició el proceso de crecimiento a pasos agigantados, que permite que este servicio pueda ser disfrutado por gran cantidad de personas en todo el mundo.

Es de hacer notar que la Internet está conformada por la unión de redes de universidades, centros de investigación, empresas privadas y comerciales, entre otras; las cuales son administradas independientemente y cooperan entre sí para funcionar como un todo. Existe un cuerpo central llamado el Network Information Center (NIC) que se encarga de asignar direcciones Internet (números IP) diferentes a cada usuario, y La ICANN que es la encargada de asignar los nombres de dominio.

Adicionalmente hay un conjunto de entidades que se encargan de velar por el desarrollo armónico de la red, desde el punto de vista técnico. Algunos de ellos son Grupo de trabajo de ingeniería de Internet (IETF), el consejo de arquitectura de Internet (IAB) y el grupo de trabajo de investigación en Internet (IRTF).

En Internet se pueden hacer múltiples cosas, entre ellas:

- ➡ Consultar información técnica, científica, económica, social, deportiva, comercial, etc.

- ➡ Enviar y recibir mensajes por el correo electrónico.

- ➡ Transferir archivos y programas de un lugar a otro.

- ➡ Participar en grupos de discusión sobre temas de interés específico.

- ➡ Establecer comunicación grupal o privada.

➡ Adquirir bienes y servicios ofrecidos por entidades comerciales de carácter internacional.

1.3.- Sistema de Valoración de la Prueba

Es importante tener en cuenta antes de señalar cuál es la valoración o apreciación que debe hacer el juez, en relación a las pruebas que le son presentadas en la litis por los litigantes, el establecimiento de una definición de pruebas, para ello tomamos lo que establece Emilio Calvo Baca, en los comentarios que hace al Código Civil Venezolano, específicamente en lo relativo al artículo 1354, al establecer que la “Prueba es la demostración de la verdad de una afirmación, en la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”. (CALVO BACA: 2006.Pág. 79) Tiende a la persuasión o convencimiento que debe producir el juez llamado a resolver sobre lo planteado y discutido en el juicio, conduciéndolo a estimar o desestimar la pretensión lo cual se conoce corrientemente como apreciación de la prueba.

En otras palabras, con la prueba se demuestra la existencia de un hecho material o de un acto jurídico mediante las formas determinadas por la ley; son hechos que deben ser valorados jurídicamente, esta valoración debe hacerse tomando en cuenta el resultado que por su medio intenta obtenerse y para que los jueces ponderen y aprecien los elementos de convicción. Probar es esencial para el resultado de la litis, entendiéndose como tal, la necesidad de emplear todos los medios taxativamente establecidos en la ley que pueda hacer uso el litigante, para llevar al juzgador la certeza o veracidad de la existencia del hecho alegado.

Luego de esto, se pasa a considerar el examen, interpretación, análisis, valoración o apreciación que el juez hace a las pruebas, para luego pasar a pronunciar sentencia. Se dice que, el juez normalmente es ajeno a los hechos que traen las partes al proceso y sobre los cuales debe pronunciarse. Este, debe tener los medios necesarios para poder verificar la exactitud de las alegaciones que hacen las partes, lo debe hacer con la finalidad de

comprobar la verdad o falsedad de ellas y para formarse una convicción al respecto.

De aquí se infiere que las partes (actor y demandado) concurren ante el juez para esgrimir sus respectivas y pertinentes afirmaciones y defensas, mediante el uso de medios probatorios y alegatos que permitirán crear en el juez el convencimiento sobre la verosimilitud de los hechos aportados en el debate; de allí que en el juicio el juez se enfrenta a estadios diferentes de conocimiento y percepción; en el de conocimiento, el juez en el inicio del proceso se encuentra ubicado en una zona oscura ignorando si las pretensiones de las partes son legítimas o temerarias, si están o no fundadas en hechos ciertos; tampoco tiene clarividencia sobre los medios que se utilizarán y cuáles serán sus resultados.

Mas sin embargo la percepción, se puede calificar como una zona clara para el juez, donde se diferencian los medios probatorios utilizados por las partes y los resultados que se pueden obtener con dichos medios; esta es la fase de apreciación de los resultados y de la influencia que estos puedan tener para que el juez proceda a dictar su decisión. Aquí la claridad constituye la regla como consecuencia de la valoración que hace el juez sobre los hechos aportados al debate procesal, con su decisión puede fijar la legitimidad de las pretensiones, aplicando la norma jurídica favorable a quien ha demostrado dicha legitimidad.

Por su parte se debe decir, que según el principio de comunidad de la prueba, la actividad de las partes no determina la conducta del juez en la formación de su convicción acerca del mérito de las pruebas, las cuales se consideran adquiridas para el proceso y no para cada una de las partes individualmente consideradas. Según este principio, una vez incorporada la prueba al proceso deja de pertenecer al litigante que la ha producido para transformarse en común, que es la denominada “comunidad de la prueba”; cada parte puede aprovecharse, indistintamente, tanto de su prueba como de

la producida por la, de modo que el juez puede valorarlas libremente, conforme a las reglas de la sana crítica, hasta en beneficio del adversario de aquella parte que ha producido la prueba.

Ahora bien, el maestro Colombiano Hernando Devis Echandía (1969) la califica de momento culminante y decisivo de la actividad probatoria, “consistente en aquella operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que puede deducirse de su contenido mediante la misma”; se trata pues de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador. (DEVIS, ECHANDIA: 1969. Pág. 345)

Señalando además, que para su criterio existen sólo dos sistemas de valoración de la prueba: 1) Sistema Tarifario o de Tarifa Legal: el cual implica la sujeción del Juez a reglas de valoración preestablecidas que le señalan la conclusión que forzosamente debe aceptar en presencia o en ausencia de determinado medio de prueba y 2) Sistema de Libre Apreciación de la Prueba: el cual faculta al Juez para hacer una valoración personal, concreta y racional del material probatorio.

Según el maestro Eduardo Couture los criterios de valoración de la prueba son tres: “Pruebas legales: imputación anticipada en la norma de una medida de eficacia; Sana Crítica: remisión a criterios de lógica y experiencia, por acto valorativo del Juez y Libre Convicción: remisión al convencimiento que el Juez se forme de los hechos”, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por la convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún en contra de la prueba de autos. (COUTURE: 2007. Pág. 251)

Como puede observarse el procesalista colombiano Hernando Devis Echandía rechaza lo que el maestro Couture denomina Sistema de Sana Crítica, ubicándolo como un sistema intermedio, por considerar que es muy

frágil la línea que limita o distingue la sana crítica con la libre convicción pues es evidente que en ambos el Juez se somete a las reglas de la lógica de la psicología y de la técnica con un criterio objetivo y social.

Es menester resaltar que, la valoración de la prueba se presenta como el elemento final de incorporación de las pruebas al proceso, la llegada a destino, al final del camino al cual están orientadas, el cual no es otra cosa que lograr incidir en el ánimo del Juez con el objeto de crear en su psiquis la convicción de certeza de los hechos afirmados

Es por ello, que se afirma en la doctrina que el Juez es en definitiva el destinatario final de las pruebas, por cuanto en base a ellas dictara la decisión que ponga fin a la controversia. Sin embargo, el Juez no es libre de apreciar estas pruebas a su antojo, debido al hecho de que la ley lo ha limitado mediante el establecimiento de reglas que deben seguir en esta labor.

De allí que la mayor o menor libertad del Juez para apreciar esas pruebas y formarse su convicción, determinan los diversos regímenes o sistemas probatorios.

Señala Fernando Villasmil que Sentis Melendo va mucho más allá, “por cuanto considera que existe sólo un sistema de valoración de la prueba: El de la libertad de apreciación, ya que en el llamado sistema tarifario es la ley la que en cada caso señala el mérito de cada prueba”, por lo cual el juez no realiza valoración alguna sino que su actividad está limitada a aplicar una regla de apreciación preexistente. (VILLASMIL: 2.006. Pág. 93)

Es por lo que se estudiaran los diversos sistemas de valoración, a fin de determinar cuál es el propósito del legislador al establecer para cada uno de los procedimientos un sistema en sí, con el objeto de afianzar la base que sustenta la garantía del debido proceso, como lo es el derecho a la defensa.

1.4.- Señalar algunas referencias del correo electrónico dentro del Ordenamiento Jurídico Venezolano

1.4.1.- Ley de Mensaje de Datos y Firma Digital

Objeto y aplicabilidad del Decreto-Ley.

Artículo 1 “El presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

La certificación a que se refiere el presente Decreto-Ley no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos”.

Resulta importante destacar la oportuna promulgación de la ley ejusdem, dada la necesidad de regular la materia relativa al mensaje de datos y firma electrónica, la cual hasta ese momento; era abordada mediante criterios jurisprudenciales. Es de destacar igualmente, el espíritu previsorio del Legislador al contemplar en el ámbito de aplicación del mencionado cuerpo legal, los avances tecnológicos y nuevas tecnologías que pudiesen producirse.

“Artículo 2 A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:

Persona: Todo sujeto jurídicamente hábil, bien sea persona natural, jurídica, pública, privada, nacional o extranjera, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Mensajes de Datos: Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

Emisor: Persona que origina un Mensaje de Datos por sí mismo, o a través de terceros autorizados.

Firma Electrónica: Información creada o utilizada por el Signatario, asociada al Mensaje de Datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado.

Signatario: Es la persona titular de una Firma Electrónica o Certificado Electrónico.

Destinatario: Persona a quien va dirigido el Mensaje de Datos.

Proveedor de Servicios de Certificación: Persona dedicada a proporcionar Certificados Electrónicos y demás actividades previstas en este Decreto-Ley.

Acreditación: Es el título que otorga la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica a los Proveedores de Servicios de Certificación para proporcionar certificados electrónicos, una vez cumplidos los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley

Certificado Electrónico: Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica.

Sistema de Información: Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma Mensajes de Datos.

Usuario: Toda persona que utilice un sistema de información.

Inhabilitación Técnica: Es la incapacidad temporal o permanente del Proveedor de Servicios de Certificación que impida garantizar el cumplimiento de sus servicios, así como, cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en este Decreto-Ley para el ejercicio de sus actividades.

El reglamento del presente Decreto-Ley podrá adaptar las definiciones antes señaladas a los desarrollos tecnológicos que se produzcan en el futuro. Así mismo, podrá establecer otras definiciones que fueren necesarias para la eficaz aplicación de este Decreto-Ley.

Adaptabilidad del Decreto-Ley.

Artículo 3 El Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para que los organismos públicos puedan desarrollar sus funciones, utilizando los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Eficacia Probatoria.

Artículo 4 Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

En relación a lo afirmado en el artículo 4 ejusdem, el artículo 395 CPC, estipula: “Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse **(de cualquier otro medio de prueba)** no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la

demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez”. (Negritas Nuestras) Donde se acoge el sistema de prueba libre en el ordenamiento jurídico venezolano, siendo que el citado artículo 4 de la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas equivale la eficacia probatoria del documento electrónico a la de las copias simples, y siendo que estas constituyen un documento privado; debe dársele aplicación al 429 del CPC, “Los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, podrán producirse en juicio originales o en copia certificada expedida por funcionarios competentes con arreglo a las leyes. Las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible, de estos instrumentos, se tendrán como fidedignas si no fueren impugnadas por el adversario, ya en la contestación de la demanda, si han sido producidas con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes, si han sido producidas con la contestación o en el lapso de promoción de pruebas”.

En tal sentido, de la simple lectura del citado artículo 429 CPC se desprende tanto el valor probatorio del documento electrónico, como la oportunidad en que pueden ser aportadas en juicio como prueba.

Sometimiento a la Constitución y a la ley.

“Artículo 5 Los Mensajes de Datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal.

Cumplimiento de solemnidades y formalidades.

Artículo 6 Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, éstas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley.

Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un Mensaje de Datos al tener asociado una Firma Electrónica.

Integridad del Mensaje de Datos

Artículo 7 Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho Mensaje de Datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un Mensaje de Datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Constancia por escrito del Mensaje de Datos

Artículo 8 Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1 Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.

2 Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.

3 Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

Verificación de la emisión del Mensaje de Datos.

Artículo 9 Las partes podrán acordar un procedimiento para establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del Emisor. A falta de acuerdo entre las partes, se entenderá que un Mensajes de Datos proviene del Emisor, cuando éste ha sido enviado por:

1 El propio Emisor.

2 Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje.

3 Por un Sistema de Información programado por el Emisor, o bajo su autorización, para que opere automáticamente.

Oportunidad de la emisión.

Artículo 10 Salvo acuerdo en contrario entre las partes, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido cuando el sistema de información del Emisor lo remita al Destinatario.

Reglas para la determinación de la recepción.

Artículo 11 Salvo acuerdo en contrario entre el Emisor y el Destinatario, el momento de recepción de un Mensaje de Datos se determinará conforme a las siguientes reglas:

1 Si el Destinatario ha designado un sistema de información para la recepción de Mensajes de Datos, la recepción tendrá lugar cuando el Mensaje de Datos ingrese al sistema de información designado.

2 Si el Destinatario no ha designado un sistema de información, la recepción tendrá lugar, salvo prueba en contrario, al ingresar el Mensaje de Datos en un sistema de información utilizado regularmente por el Destinatario.

Lugar de emisión y recepción

Artículo 12 Salvo prueba en contrario, el Mensaje de Datos se tendrá por emitido en el lugar donde el Emisor tenga su domicilio y por recibido en el lugar donde el Destinatario tenga el suyo.

Del acuse de recibo.

Artículo 13 El Emisor de un Mensaje de Datos podrá condicionar los efectos de dicho mensaje a la recepción de un acuse de recibo emitido por el destinatario.

Las partes podrán determinar un plazo para la recepción del acuse de recibo. La no recepción de dicho acuse de recibo dentro del plazo convenido, dará lugar a que se tenga el Mensaje de Datos como no emitido.

Cuando las partes no establezcan un plazo para la recepción del acuse de recibo, el Mensaje de Datos se tendrá por no emitido si el Destinatario no envía su acuse de recibo en un plazo de veinticuatro (24) horas a partir de su emisión.

Cuando el Emisor reciba el acuse de recibo del Destinatario conforme a lo establecido en el presente artículo, el Mensaje de Datos surtirá todos sus efectos.

Mecanismos y métodos para el acuse de recibo.

Artículo 14 Las partes podrán acordar los mecanismos y métodos para el acuse de recibo de un Mensaje de Datos. Cuando las partes no hayan acordado que para el acuse de recibo se utilice un método determinado, se considerará que dicho requisito se ha cumplido cabalmente mediante:

- 1 Toda comunicación del Destinatario, automatizada o no, que señale la recepción del Mensaje de Datos.

- 2 Todo acto del Destinatario que resulte suficiente a los efectos de evidenciar al Emisor que ha recibido su Mensaje de Datos.

Oferta y aceptación en los contratos.

Artículo 15 En la formación de los contratos, las partes podrán acordar que la oferta y aceptación se realicen por medio de Mensajes de Datos.

1.4.2.- Ley Especial contra los Delitos Informáticos.

Disposiciones Generales

Artículo 1 Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información, así como la prevención y sanción de los delitos cometidos contra tales sistemas o cualesquiera de sus componentes, o de los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías, en los términos previstos en esta Ley.

Artículo 2 Definiciones a efectos de la presente Ley, y cumpliendo con lo previsto en el artículo 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se entiende por:

➡ Tecnología de Información: rama de la tecnología que se dedica al estudio, aplicación y procesamiento de datos, lo cual involucra la obtención, creación, almacenamiento, administración, modificación, manejo, movimiento, control, visualización, transmisión o recepción de información en forma automática, así como el desarrollo y uso del "hardware", "firmware", "software", cualesquiera de sus componentes y todos los procedimientos asociados con el procesamiento de datos.

➡ Sistema: cualquier arreglo organizado de recursos y procedimientos diseñados para el uso de tecnologías de información, unidos y regulados por interacción o interdependencia para cumplir una serie de funciones específicas, así como la combinación de dos o más componentes interrelacionados, organizados en un paquete funcional, de manera que estén en capacidad de realizar una función operacional o satisfacer un requerimiento dentro de unas especificaciones previstas.

➡ Data (datos): hechos, conceptos, instrucciones o caracteres representados de una manera apropiada para que sean comunicados, transmitidos o procesados por seres humanos o por medios automáticos y a los cuales se les asigna o se les puede asignar un significado.

➡ Información: significado que el ser humano le asigna a la data utilizando las convenciones conocidas y generalmente aceptadas.

➡ Documento: registro incorporado en un sistema en forma de escrito, video, audio o cualquier otro medio, que contiene data o información acerca de un hecho o acto capaces de causar efectos jurídicos.

➡ Computador: dispositivo o unidad funcional que acepta data, la procesa de acuerdo con un programa guardado y genera resultados, incluidas operaciones aritméticas o lógicas.

➡ Hardware: equipos o dispositivos físicos considerados en forma independiente de su capacidad o función, que forman un computador o sus componentes periféricos, de manera que pueden incluir herramientas, implementos, instrumentos, conexiones, ensamblajes, componentes y partes.

➡ Firmware: programa o segmento de programa incorporado de manera permanente en algún componente de hardware.

➡ Software: información organizada en forma de programas de computación, procedimientos y documentación asociados, concebidos para realizar la operación de un sistema, de manera que pueda proveer de instrucciones a los computadores así como de data expresada en cualquier forma, con el objeto de que éstos realicen funciones específicas.

➡ Programa: plan, rutina o secuencia de instrucciones utilizados para realizar un trabajo en particular o resolver un problema dado a través de un computador.

➡ Procesamiento de data o de información: realización sistemática de

operaciones sobre data o sobre información, tales como manejo, fusión, organización o cómputo.

➡ Seguridad: Condición que resulta del establecimiento y mantenimiento de medidas de protección que garanticen un estado de inviolabilidad de influencias o de actos hostiles específicos que puedan propiciar el acceso a la data de personas no autorizadas o que afecten la operatividad de las funciones de un sistema de computación.

➡ Virus: programa o segmento de programa indeseado que se desarrolla incontroladamente y que genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente del sistema.

➡ Tarjeta inteligente: rótulo, cédula o carnet que se utiliza como instrumento de identificación, de acceso a un sistema, de pago o de crédito y que contiene data, información o ambas, de uso restringido sobre el usuario autorizado para portarla.

➡ Contraseña (password): secuencia alfabética, numérica o combinación de ambas, protegida por reglas de confidencialidad utilizada para verificar la autenticidad de la autorización expedida a un usuario para acceder a la data o a la información contenidas en un sistema.

➡ Mensaje de datos: cualquier pensamiento, idea, imagen, audio, data o información, expresados en un lenguaje conocido que puede ser explícito o secreto (encriptado), preparados dentro de un formato adecuado para ser transmitido por un sistema de comunicaciones.

Artículo 3 Extraterritorialidad. Cuando alguno de los delitos previstos en la presente ley se cometa fuera del territorio de la República, el sujeto activo quedará sujeto a sus disposiciones si dentro del territorio de la República se hubieren producido efectos del hecho punible y el responsable no ha sido juzgado por el mismo hecho o ha evadido el juzgamiento o la condena por tribunales extranjeros.

Artículo 4 Sanciones. Las sanciones por los delitos previstos en esta ley serán principales y accesorias.

Las sanciones principales concurrirán con las accesorias y ambas podrán también concurrir entre sí, de acuerdo con las circunstancias particulares del delito del cual se trate, en los términos indicados en la presente ley.

Artículo 5 Responsabilidad de las personas jurídicas. Cuando los delitos previstos en esta Ley fuesen cometidos por los gerentes, administradores, directores o dependientes de una persona jurídica, actuando en su nombre o representación, éstos responderán de acuerdo con su participación culpable.

La persona jurídica será sancionada en los términos previstos en esta Ley, en los casos en que el hecho punible haya sido cometido por decisión de sus órganos, en el ámbito de su actividad, con sus recursos sociales o en su interés exclusivo o preferente.

1.4.3.- La Esteganografía: La esteganografía es la rama de la criptología que trata sobre la ocultación de mensajes, para evitar que se perciba la existencia del mismo. Viene de un tratado de Johannes Trithemius llamado "Steganographia", del griego "escritura secreta", este tratado habla de la criptografía y de la esteganografía y está disfrazado como un libro de magia negra.

Es el arte y ciencia de escribir mensajes secretos de tal forma que nadie fuera de quien lo envía y quien lo recibe sabe de su existencia; en contraste con la criptografía, en donde la existencia del mensaje es clara, pero el contenido del mensaje está oculto. Por lo general un mensaje de este tipo parece ser otra cosa, como una lista de compras, un artículo, una foto, etc.

Los mensajes en la esteganografía muchas veces son cifrados primero por medios tradicionales, para posteriormente ser ocultados por ejemplo en un texto que pueda contener dicho mensaje cifrado, resultando el mensaje esteganográfico. Un texto puede ser manipulado en el tamaño de letra, espaciado, tipo y otras características para ocultar un mensaje,

sólo el que lo recibe, quien sabe la técnica usada, puede extraer el mensaje y luego descifrarlo.

1.4.4.- Sistemas de Certificación en Venezuela: Un Certificado Electrónico es un documento electrónico emitido por un Proveedor de Servicios de Certificación, que vincula a un usuario (signatario) con su firma electrónica, el mismo está compuesto por dos elementos (clave pública y clave privada), con el cual se identifica al propietario del mismo y permite la generación de firmas electrónicas. En este sentido, podemos definir la clave pública como el conjunto de datos de carácter público que vinculan al remitente con el mensaje y que permiten cifrarlo; y a la clave privada como aquella combinación secreta que se utiliza para descifrar el mensaje y sólo la posee el receptor.

¿Qué son Proveedores de Servicios de Certificación (PSC)?

Es la entidad encargada proveer Servicios de Certificación Electrónica y emitir los Certificados Electrónicos a los usuarios que han sido previamente acreditados por Suscerte para tal fin.

¿Cómo se obtiene un Certificado Electrónico?

En Venezuela existen dos PSC, uno de carácter público (Fundación Instituto de Ingeniería para Investigación y Desarrollo Tecnológico- FIIDT-) y el otro de carácter privado (Procert C.A.), ambos acreditados por Suscerte, rector en materia de Certificación Electrónica del Estado y ente adscrito al Ministerio del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias.

La persona o empresa interesada en tramitar un Certificado Electrónico deberá contactar directamente a cada una de ellas para informarse sobre los requisitos que solicitan.

Para tal fin deben consultarse las siguientes páginas web:

FIIDT: <https://ar.fii.gob.ve/cgi-bin/openca/pub/pki?cmd=getStaticPage&name=index>

Procert: <https://www.procert.net.ve/index.asp>

¿Qué es necesario para que un Certificado tenga validez?

Es necesario que esté firmado por una Autoridad de Certificación que esté acreditada por Suscerte y que el Certificado no haya expirado.

1.4.5.- La SUSCERTE: La Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), es un servicio desconcentrado sin personalidad jurídica, creado mediante el Decreto- Ley N° 1.204 de fecha 10 de febrero de 2001, sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.148 del 28 de febrero de 2001. Es el organismo encargado de coordinar e implementar el modelo jerárquico de la infraestructura Nacional de Certificación Electrónica, también acredita, supervisa y controla a los Proveedores de Servicios de Certificación (PSC) y es el ente responsable de la Autoridad de Certificación Raíz del Estado Venezolano. Así mismo tiene como alcance proveer estándares y herramientas para implementar una tecnología de información óptima en las empresas del sector público, a fin de obtener un mejor funcionamiento y proporcionar niveles de seguridad confiables.

1.4.5.1.- VENCERT: Es el Sistema Nacional de Gestión de Incidentes Telemáticos de la República Bolivariana de Venezuela. Su principal objetivo, como CERT gubernamental es la prevención, detección y gestión de los incidentes generados en los sistemas de información de la Administración Pública Nacional y los Entes Públicos a cargo de la gestión de Infraestructuras Críticas de la Nación.

Su creación responde a la necesidad estratégica de dotar al Estado de los mecanismos más adecuados para prevenir y actuar con efectividad ante los nuevos riesgos generados por el desarrollo de las nuevas tecnologías. El desarrollo e implantación del VenCERT se inició en el año 2007 por la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE), adscrita al Ministerio del Poder Popular para las Telecomunicaciones y la

Informática de la República Bolivariana de Venezuela. Durante la fase de desarrollo se analizó todo lo concerniente al modelo conceptual, modelo organizacional, modelo legal, modelo operativo y funcional, infraestructura y equipamiento requerido así como también las políticas, normas y procedimientos a través de las cuales una vez establecido el sistema de Gestión de Incidentes Telemáticos de la nación VenCERT, permitiese su completa operatividad para de este modo prestar servicio y cumplir con los objetivos planteados desde las fases de planificación. La implantación del VenCert se expresa por medio de la Gaceta oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.056 de fecha 11 de noviembre de 2008, resolución N°063 del Ministerio del Poder Popular Para las Telecomunicaciones e Informática.

1.4.5.2.- CENIF: El Centro Nacional de Informática Forense (CENIF), es un laboratorio de informática forense para la adquisición, análisis, preservación y presentación de las evidencias relacionadas a la tecnologías de información y comunicación, con el objeto de prestar apoyo a los cuerpos de investigación judicial órganos y entes del Estado que así lo requieran.

El Centro Nacional de Informática Forense es una iniciativa de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica y producto del trabajo en conjunto de diferentes instituciones del Estado que tiene por intención conformar un modelo de servicio para el apoyo técnico de todos los cuerpos y órganos del Estado con competencia en materia de experticias digitales.

1.4.5.3.- AC RAIZ: La Declaración de prácticas de Certificación (**DPC**) de la Autoridad de Certificación (AC) Raíz de Venezuela, establece los elementos necesarios para la gestión y emisión de certificados a los Proveedores de Servicios de Certificación (PSC) del sector público y

privado. También la Política de Certificados (PC) con los tipos de certificados y conjunto de reglas que indican los procedimientos seguidos en la prestación de servicios de certificación, creando el Sistema de Certificación Electrónica confiable dentro de la Infraestructura Nacional de Claves Públicas (INCP) de Venezuela.

1.5.- Medios de Prueba aceptados por el Código de Procedimiento Civil.

1.5.1 Definición de Prueba.

Es aquella actividad que desarrollan las partes con el tribunal para adquirir el convencimiento de la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica o para fijarlos como ciertos a los efectos de un proceso. La prueba es el elemento procesal más relevante para determinar los hechos, a efectos del proceso ya que para obtener un fallo al fondo se exige una reconstrucción de los hechos.

1.5.2.- Definición de Medios de Prueba.

De acuerdo con Cabrera Romero (1998, p. 94) los medios de pruebas son “Los documentos que se otorgan a los sujetos procesales, para trasladar al proceso los instrumentos que se otorgan a los sujetos procesales, para trasladar al proceso los hechos que permiten verificar las afirmaciones de las partes, o averiguar la existencia de una situación fáctica”.

El referido autor en forma didáctica los compara, debido a su condición traslaticia de hechos, a unos camiones que se cargan de hechos en el mundo de lo cotidiano para luego trasladarlos y volcarlos en el expediente. Pero así como esos camiones no dejan de ser tales porque no logren transportar su carga, asimismo los medios de prueba no pierden su naturaleza porque no conduzcan hechos al proceso.

Por medios de prueba deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren esas razones o motivos.

El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "Artículo 395: Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez."

De la transcripción anterior, se evidencia que son medios de pruebas admisibles en juicio, los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones.

Por medios de prueba deben considerarse los elementos instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren esas razones o motivos.

Así, en sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en fecha 16 de julio de 2002, bajo el N° 0968, se estableció lo siguiente:

“Conforme ha sido expuesto por la doctrina procesal patria y reconocido por este Tribunal Supremo de Justicia, el llamado sistema o principio de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, lo cual se deduce sin lugar a equívocos del texto consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que dice: Son medios de prueba admisibles en cualquier juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Vinculado directamente a lo anterior, destaca la previsión contenida en el artículo 398 eiusdem, alusiva al principio de la libertad de admisión, conforme al cual el Juez, dentro del término señalado, "... providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes";

Conforme a las consideraciones precedentes, entiende la Sala que la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y al establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado.

Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la

admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia.

Conforme a lo expuesto, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mantiene su criterio en cuanto a la libertad de los medios de prueba y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes para la demostración de sus pretensiones.

1.5.3.- Evolución de los Medios de Prueba.

Historia: Ya desde el derecho romano existe una elaborada doctrina, recibida en la legislación, acerca de los medios de prueba. Las pruebas pertenecían al demandante en virtud del principio "actori incumbit onus probandi" las principales pruebas eran el escrito y la prueba testifical además del juramento y la pericia. Iniciados los debates en el proceso, las partes comparecen el día fijado, los debates se entablan regularmente. Consisten en los alegatos, *causae peroratio*. Y en el examen de las pruebas, que cada uno pretenda hacer valer en apoyo de sus alegaciones.

En principio, el que afirma en su beneficio la existencia de un derecho o de un hecho es quien está obligado a suministrar la prueba. Así pues, el demandante debe justificar su pretensión. Si no lo consigue, el demandado es absuelto. Por su parte, el demandado no tiene que hacer prueba directa; su papel se limita a combatir las suministradas por el demandante. Pero si se opone una excepción en la demanda, debe a su vez probar los hechos en que se apoya este modo de defensa, en cuanto a la excepción, desempeña el papel del demandante.

1.5.4.- Formas de Tratamiento Probatorio

La aplicación de la norma por el juez en un proceso concreto, ha de partir necesariamente de que se haya probado, en el pleito sometido a su decisión, el supuesto de hecho alegado. De ahí proviene la importancia de la prueba. Se puede tener razón, pero si no se demuestra no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. En este sentido, los medios de prueba informáticos; pueden ser considerados como fuente de prueba, como objeto de prueba y como medio probatorio. Se considera pertinente mostrar cada una de esas formas.

1.5.5.- Fuentes y Medios de Prueba

La delimitación entre fuente y medio de prueba resulta fructífera, por clarificar la distinción entre dos conceptos diferentes, aunque complementarios, en torno a los cuales gira todo el universo probatorio.

SENTIS MELENDO distinguió entre la fuente y el medio de prueba diciendo que la fuente es un concepto meta jurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso: mientras que el medio es un concepto jurídico y absolutamente procesal. La fuente existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca de repercusiones jurídicas; el medio nacerá y se formará en el proceso.

Buscamos las fuentes y cuando las tenemos, proponemos los medios para incorporarlas al proceso. Puede decirse que se identifican con las fuentes de prueba a todas aquellas realidades susceptibles de, o bien convencer al juez de una afirmación de hechos realizada por una de las partes en un proceso, o bien de fijar determinados hechos como ciertos. Mientras que medio sería todo el conjunto de trámites procesales necesarios para introducir cualquiera de esas realidades en un proceso. Así, mientras que el número de fuentes es incalculable porque depende no sólo de los

avances de la técnica, sino también de las preferencias de quienes deciden aportarlas a juicio, de su coste económico, etc., los medios son tasados, esto es, existen sólo los que la ley establece y ninguno fuera de ella. De manera que dada una determinada fuente de prueba es tarea del abogado elegir uno u otro medio para introducirla en el proceso, respetando la legalidad que para ese concreto medio de prueba prescribe el ordenamiento jurídico. Cuando un legislador diseña los medios de prueba, lo hace pensando en determinadas realidades extraprocesales. Esto, lejos de ser un contrasentido, lo que hace es poner de manifiesto la complementariedad entre los dos conceptos. De modo que cada uno de los medios de prueba está concebido inicialmente para ser soporte apto de determinadas fuentes de prueba. Así, por ejemplo, la prueba testimonial, se crea para posibilitar el que personas físicas declaren sobre hechos que conocen personalmente. La prueba documental, para que en el proceso se introduzcan determinadas representaciones de la realidad que han quedado plasmadas por escrito, etc. Para Montero Aroca, la fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero sí puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al proceso. No debe olvidarse que en el proceso se discuten hechos del pasado. La fuente es donde queda estampado ese hecho que ocurrió, o que no está grabado porque el hecho no ocurrió.

En este sentido se puede decir que fuente de prueba es el órgano, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho o hechos que demuestran la inexistencia de un hecho aducido. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reconstruir en el proceso.

Asimismo, considera el autor; que puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así no es la prueba informática como medio, sino, el

diskette tal que contiene el documento; no es la prueba informática en abstracto, sino, el diskette tal que contiene el contrato de servicio antivirus entre Pedro y Lucía; ya no es el instrumento como cosa en abstracto, sino, el computador tal sobre el cual debe recaer la inspección para extraer el hecho tal.

Vale decir, que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral, pudiéndose traer por cualquier medio probatorio. Así, pues, que fuente de prueba es el hecho propiamente dicho que quedó estampado en las personas y cosas, anterior al proceso, y que registraron el hecho. En ocasiones el hecho fuente es el mismo que quiere probarse. Nótese que en la valoración uno de los aspectos es determinar la fiabilidad de las fuentes. Por ello, es necesario distinguir entre la impugnación al medio probatorio y a la fuente.

Para Montero Aroca, los medios de prueba son los caminos o instrumentos que se utilizan para conducir al proceso los hechos y posibilitar la reconstrucción de los hechos acontecidos en la pequeña historia, que es pertinente al proceso que se ventila. Son aquellos que transportan los hechos al proceso. Son los instrumentos regulados por el derecho para la introducción en el proceso de las fuentes de prueba. Vistos así son instrumentos de intermediación requeridos en el proceso para dejar constancia material de los datos de hechos. Es un concepto esencialmente jurídico.

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. De igual manera, indica que se conocen tradicionalmente como medios: la experticia, la documental, la testimonial, etc. Pero, con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten las

características de impresionabilidad y traslatividad; pues, en ellos se quedan estampados hechos que pueden ser trasladados al proceso. Entre ellos tenemos los medios electrónicos, que pueden ser sub-clasificados en: a) medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido .llamados también medios audiovisuales-, y, b) los medios informáticos.

En los medios audiovisuales la fuente de prueba consiste en las correspondientes imágenes, sonidos o palabras captadas mediante formación, grabación o semejantes .es obvio que se incluyen soportes de índole informática, siempre que lo que contengan consista en imágenes o sonidos captados-; mientras que el medio probatorio viene dado por su reproducción ante el tribunal; la prueba será el resultado de esa práctica ante el Tribunal.

Por otro lado, Montero Aroca, indica que una fuerte identidad entre los medios audiovisuales y los medios informáticos, existe una gran diferencia, en una primera aproximación, radica en que, mientras, los primeros, captan o recogen imágenes o sonidos, los segundos, contienen datos o información, en sentido genérico.

Ambos son soportes una cinta de video es tan soporte como un diskette; el contenido es de carácter incorpóreo (electrónica, magnética, etc.) y debe transformarse de algún modo sensible a los sentidos, es decir, requieren de un acto de reproducción. No obstante, debe expresarse que la diferencia radica en que los medios audiovisuales aprehenden una realidad o estampan unos hechos acaecidos .filman una secuencia o graban una conversación-, mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

En este orden de ideas, para Montero Aroca no se trata de un ejercicio académico, sino, que tiene efectos prácticos en la actividad probatoria. Pues, una forma será la de aportar los medios audiovisuales y su forma de

reproducción y por supuesto la resistencia de quien se opone, y otra cuando se trata de medios informáticos.

Obsérvese, por ejemplo, que las reglas relativas a los documentos privados pueden ser aplicables a los medios informáticos que contengan documentos, pero, no en todos los casos a los medios audiovisuales, pues aquí podría impugnarse la exactitud, plenitud o coincidencia entre lo captado y la realidad. En el caso de los medios audiovisuales los promoventes deben aportar y probar los datos y todos aquellos hechos que demuestren la autenticidad y fidelidad de éstos, como lugar, fecha, hora, circunstancias técnicas .tipo de instrumento, condiciones del entorno (luz, sonido, etc.), inalterabilidad, etc., o sea, la autenticidad en forma amplia.

Devis Echandía (1953, p. 501) precisó que por objeto de la prueba se entiende que es aquello sobre lo que puede recaer la prueba. Como se puede ver es una noción objetiva y abstracta, sin relación con las pretensiones de las partes, ni en el caso concreto procesal. En efecto, cuando nos referimos a los medios informáticos como objeto de prueba es que sobre ellos pueden practicarse otros medios probatorios, para comprobar algún hecho relativo a ellos como cosas, por ejemplo, que no hayan sido alterados, que haya una encriptación, entre otros.

Al mismo tiempo, para Montero Aroca (1998, p. 87) cuando es objeto de prueba significa que el medio en ese momento es un hecho probatorio, por ejemplo, apreciar que un programa de software está funcionando mal, la existencia en computador de una correspondencia electrónica, los contenidos de una página web, el contenido de la bandeja de entrada de un servidor de correo electrónico, entre otros., también, puede realizarse alguna comprobación técnica, como la existencia de firma digital encriptada, o pueden encontrarse rastros o evidencias de que existieron unos datos determinados.

Los medios informáticos pueden ser objeto de otros medios de prueba como la inspección judicial y la experticia prueba pericial-. Dada la volatilidad y la dificultad de la traslatividad de hechos presentes en los medios informáticos se postulan como idóneos para practicar prueba sobre ellos, la inspección judicial y la experticia.

Debe advertirse que la inspección judicial es para poner en contacto al juez con los hechos y de ninguna manera para hacer apreciaciones técnicas que impliquen conocimientos especializados, de manera que no se trata de un reconocimiento técnico del soporte, salvo las características visuales impresas u observables.

Por ello, lo recomendable, cuando el medio informático es objeto de prueba, que junto con la prueba de reconocimiento judicial se promueva la prueba pericial o experticia, esto; debido a que dicho medio de prueba por tener equivalencia legal con el documento privado, lo más probable es que sea impugnado aun en contravención del artículo 170 del CPC, en cuyo caso; el medio idóneo para hacer valer la prueba electrónica será la mencionada prueba pericial.

1.5.6.- Legalidad del Documento Electrónico como Medio de Prueba

De acuerdo con Rio Frió (2004, p. 39) los medios informáticos, en la mayoría de las legislaciones, no se encuentran regulados en forma expresa dentro de las normas procesales. Esto plantea varios problemas, a saber: a) la forma de proposición para su incorporación al proceso, b) la admisión en el proceso y, c) la eficacia probatoria y la valoración procesal.

Ya se ha señalado que en el ordenamiento jurídico venezolano hay libertad de medios probatorios y pueden las partes promover aquellos que consideren convenientes. El problema consiste en la forma de proponerlos. La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en el artículo 4 estipula que la promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el

Código de Procedimiento Civil, dando incluso el mismo valor probatorio que el documento con firma autógrafa a aquellos documentos electrónicos que cuenten con una Firma Electrónica, constante de los requisitos exigidos en la ley ejusdem para tales instrumentos. Es conveniente advertir que la doctrina para solventar el problema del tratamiento ha creado algunas reglas aplicables al Derecho del Comercio Electrónico: regla de equivalencia funcional, de neutralidad tecnológica, de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, de buena fe y de libertad contractual o de pacto. Para el análisis probatorio interesa fundamentalmente el principio de equivalencia funcional.

El significado de la regla de la equivalencia funcional, es la función jurídica que en toda su extensión cumple la instrumentación escrita y autógrafa, eventualmente su expresión oral respecto de cualquier acto jurídico la cumple igualmente su instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos, con independencia del contenido, dimensión, alcance y finalidad del acto que se ha instrumentado.

Asimismo, la equivalencia funcional, implica aplicar a los mensajes de datos electrónicos una pauta de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad o ciencia manual, verbal o gestualmente efectuadas por el mismo sujeto; de manera que los efectos jurídicos apetecidos por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte escrito eventualmente oral- o electrónico en el que la declaración conste.

1.5.7.- Validez de los Documentos Electrónicos

En Febrero 2001, se publicó y entró en vigencia el DECRETO CON FUERZA DE LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, mediante el cual, entre otras cosas, se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica (SUSCERTE) y se regula lo referente a la acreditación de los proveedores de servicios de

certificación electrónica (PSC). Posteriormente en Febrero de 2007, se crea la Autoridad Certificadora Raíz del Estado Venezolano, encargada de acreditar a todo PSC, que se encuentre jurídica y técnicamente apto para operar en el esquema jerarquizado de la Cadena de Confianza de la República Bolivariana de Venezuela.

Es así como en Octubre de 2007, se dicta una sentencia en la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia de la magistrada ISBELIA PÉREZ, mediante la cual se estableció que hasta tanto entrara en funcionamiento la SUSCERTE no se podía aceptar la prueba de exhibición sobre un e-mail, sino la experticia como medio de autenticación de los documentos electrónicos.

En Julio del 2008, se acreditan por primera vez a los dos (2) únicos PSC que existen actualmente en Venezuela (PROCERT y la Fundación Instituto de Ingeniería para Investigación y Desarrollo Tecnológico).

En palabras de la misma SUSCERTE, los certificados electrónicos emitidos por cualquiera de los PSC anteriormente mencionados, constituyen plena prueba, en el entendido que la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, confiere a los Mensajes de Datos (Documentos Electrónicos) y a la Firma Electrónica el mismo valor legal y eficacia probatoria que a la firma autógrafa. Los PSC, son los encargados de emitir certificados electrónicos con validez en la Cadena de Confianza Nacional, y en consecuencia los únicos legitimados de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, para ofrecer ambos, servicios de certificación electrónica tanto a los usuarios del sector público como a los del sector privado.

La certificación electrónica aporta beneficios a la comunidad en general, en el ámbito de la identidad digital, fomentando la rápida y segura incorporación de las nuevas tecnologías en las actividades de empresas,

ciudadanos y administración pública; debido a que el certificado electrónico (documento electrónico emitido por un PSC), vincula a un signatario con su identificación electrónica única (clave pública) y con su firma electrónica, entendida como el conjunto de datos matemáticos que vincula de manera unívoca un documento al signatario garantizando su integridad y autenticidad.

Ahora bien, el correo electrónico, como documento de tipo electrónico (Mensaje de Datos) puede ser estudiado desde dos puntos de vista: a) Desde un punto de vista estricto: Es un mensaje de datos (documento), que sólo puede ser recibido por una persona a través de un computador (ordenador), es decir, una máquina de traducción del lenguaje digital (sistema alfanumérico-técnico binaria o bits) a un lenguaje natural (sistema alfabético). b) Desde un punto de vista amplio, el correo electrónico puede ser percibido a través de su lectura directa en la pantalla o a través de la impresión en papel del mensaje, forma esta última, que transforma el documento en per cartam. De tal manera, que el Juzgador debe analizar si los correos electrónicos impresos gozan de eficacia probatoria. Al respecto, debe considerarse, que un mensaje enviado a través de un correo electrónico si se imprime ¿qué es lo que aparece representado en el papel? El contenido del mensaje, pero no la firma del emisor, pues la firma electrónica no se puede apreciar a simple vista, (en caso de que la contenga) ya que se trata de la utilización de códigos que no tienen una forma determinada. Pero, en conjunto con otros medios probatorios, este documento impreso podría constituir un indicio sobre la ocurrencia de un hecho, a falta de apreciación de la firma directa en la pantalla del computador. El artículo 4 de la LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS, señala: “Los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos (...)”. Es decir consagra el llamado principio denominado en doctrina “Equivalencia

Funcional”, se refiere a que el contenido de un documento electrónico surta los mismos efectos que el contenido en un documento en soporte papel, en otras palabras, que la función jurídica que cumple la instrumentación mediante soportes documentales en papel y firma autógrafa respecto a todo acto jurídico, la cumpla igualmente la instrumentación electrónica a través de un mensaje de datos. La equivalencia funcional atribuye a los mensajes de datos un principio de no discriminación respecto de las declaraciones de voluntad, independientemente de la forma en que hayan sido expresadas, en este sentido, los efectos jurídicos deseados por el emisor de la declaración deben producirse con independencia del soporte en papel o electrónico donde conste la declaración. En este mismo orden, el artículo 6 eiusdem, establece: (...) Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una Firma Electrónica. La firma electrónica ha sido definida por la LEY SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS como “información creada o utilizada por el Signatario, asociada al mensaje de datos, que permite atribuirle su autoría bajo el contexto en el cual ha sido empleado”. Por su parte, el Certificado Electrónico; está definido por el artículo 2 del Decreto-Ley como “un Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la firma electrónica”. El certificado es el resultado técnico de un proceso técnico-informático mediante el cual se acredita la relación entre el titular del documento y su clave pública, de tal manera, que el certificado presupone la existencia de una firma electrónica, por lo que se hace necesaria la implementación en el proceso de comunicación electrónica bien de firmas electrónicas, o de mensajes de datos encriptados, para garantizar la confidencialidad y la autoría del mensaje. Por otra parte es importante aclarar que el original de un mensaje o correo electrónico o de cualquier registro telemático es el que circula en la red y que sólo puede ser leído a través del computador; por ello, lo que se

ofrecerá como prueba documental y se consignará en el expediente judicial es el documento electrónico archivado en un formato que permita su consulta por el Juez (disquete, CD-ROM, Disco óptico) o su impresión. Dado lo especial de la prueba tecnológica, la misma, aparte de cumplir con los requisitos generales de admisión, deberá verificar otros extremos legales establecidos en la ley especial, referentes a los aspectos de integridad, autenticidad y origen del mensaje de datos. En concreto, se puede promover un correo electrónico como prueba documental, es decir, de forma impresa o grabada en un disquete, pero siempre su eficacia probatoria dependerá de que el mensaje de datos esté asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar el origen y autoría del mismo (como es el caso de una firma electrónica) y tendrá la misma fuerza probatoria que un documento privado; pero, si en la elaboración, envío o recepción del correo electrónico no se utilizó ningún método de seguridad que garantice el origen o autoría del mensaje, se ha considerado que ello imposibilita su aprovechamiento en juicio.

1.5.8.- Régimen Probatorio de los Documentos Electrónicos

Según Rio Frió (2004, p. 39) en virtud del contenido del artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante ley 1/2000), pueden definirse claramente tres tipos de medios de prueba, a saber, los medios tradicionales dentro de los cuales está expresamente el documento privado, el cual ya no excluye otros medios representativos distintos a aquellos escritos; el novedoso medio de reproducción previsto en el apartado 2º de dicho artículo, que se refieren a los medios de reproducción de la palabra, el sonido, y la imagen, así como los instrumentos que permitan archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevante para el proceso; y los denominables como medios de “prueba libre”, constituidos por

cualquier medio no expresamente previsto en la ley, y que sirvan para obtener certeza sobre hechos relevantes al juicio.

Se evidencia entonces que a pesar de que ha habido un esfuerzo importante por actualizar la legislación, y estando previsto el documento electrónico en distintas leyes, aún no ha quedado expresamente prevista su regulación como prueba, incluso existen sectores doctrinarios que dudan sobre las características documentales de los instrumentos electrónicos, y niegan la posibilidad de que sean tratados como verdaderos documentos.

No obstante, Montero Aroca (1998, p. 142) indica que dadas estas condiciones, se abren dudas sobre cuál será el medio más idóneo para llevar al juicio un documento electrónico y que el mismo sea valorado de conformidad.

Sin duda alguna pensamos que la forma de dotar de la fuerza probatoria necesaria a este instrumento novedoso y cuyo auge es inmenso, es a través de su consideración como documento privado, y debe en consecuencia someterse a las normas que lo regulan, ello le dará el valor de plena prueba en la medida de que cumpla los requisitos del caso.

Aún así se plantea el problema de la práctica de la prueba, ya que según la ley, debe presentarse el documento en original o en copia, y es evidente que tal presentación no es posible dadas las características del documento electrónico.

Entonces se presenta la alternativa de presentar el documento como una reproducción (apartado 2 del art. 299 Ley 1/2000) ejusdem, tal consideración supone un problema pues dicho medio ha sido previsto para documentos filmicos, musicales, etc. que no tienen la misma naturaleza del electrónico, además de ser valorados según las reglas de la sana crítica, restándole eficacia.

De acuerdo con Montero Aroca (1998, p. 142) igual ocurre si se evacúa la prueba a través de la que ha denominado en este trabajo la “Prueba Libre” denominación que corresponde realmente a otro tipo de pruebas en otras legislaciones- (apartado 3º del art. 299 Ley 1/2000) ejusdem, que aunque permite cierta libertad en la presentación de la prueba y su práctica, no permite su valoración con tarifa legal sino a través de la sana crítica, restándole la eficacia a los instrumentos electrónicos que como ya hemos visto tienen quizá la mayor capacidad representativa en la Sociedad de la Información.

Por otro lado, el Real Decreto-Ley 14/1999, del 17 de Septiembre de 1999, sobre firma electrónica regula en su artículo 3 los efectos jurídicos de la firma electrónica avanzada, que es la que se conoce como firma digital, señala que “siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá, respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor jurídico que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel, y será admisible como prueba en juicio valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales, con lo cual se le reconoce el valor de documento a la prueba en cuestión”.

Falta pues algo más de claridad sobre la forma de evacuación de la prueba y la valoración de la misma, y un poco de flexibilidad legal al momento de regular las instituciones.

Según Montero Aroca (1998, p. 142) en Venezuela, existen dos fuentes legales que informan el sistema probatorio relativo a los documentos electrónicos, en primer lugar y en virtud de la especialización de la ley, tenemos el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el cual remite directamente al Código de Procedimiento Civil en lo relativo al documento y en lo relativo a la prueba libre.

En lo relativo a su promoción y evacuación, establece el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que: “...Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de procedimiento Civil”.

Así pues, establece el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil que: “...Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no previsto expresamente en la ley y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez”.

En definitiva, y tal como lo ordenan las dos normas parcialmente transcritas, los Mensajes de Datos (equivalentes a los documentos electrónicos), deberán promoverse en juicio siguiendo las reglas sobre la promoción de documentos privados, que son al fin y al cabo análogos a los documentos electrónicos ó mensajes de datos, como los ha definido la ley.

Así pues, de conformidad con el contenido del Capítulo V, sección 1ª del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente, y entendiendo como análogos a los documentos privados, los “mensajes de datos”, deberán ser producidos junto con la demanda, en la contestación de la demanda, ó en el lapso probatorio, en originales o copias que deberán ser impugnadas por la parte contraria dentro de los cinco días siguientes a su producción en juicio, ó en la contestación de la demanda si fueran producidos junto con la demanda, so pena de tenerlos por reconocidos, con la consecuencias procesales del caso.

Igualmente son aplicables las normas sobre tacha y reconocimiento de los documentos (438 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y 444 y siguientes ejusdem), que se llevará de conformidad con las previsiones

legales del Código Civil y el Código de Procedimiento Civil aplicables analógicamente y en conjunto con la revisión del cumplimiento de los requisitos de las Firmas Electrónicas previstos en el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Es importante resaltar que la ley procesal venezolana prevé la posibilidad de que las partes lleven al tribunal los medios de reproducción adecuados para decodificar la información contenida en los mensajes de datos que constituyen documentos. Esta posibilidad está prevista en el artículo 502 y siguientes del Código de Procedimiento Civil vigente. Esto hace posible la presentación de estos documentos ante el tribunal y su tratamiento como tales documentos.

En lo relativo a su valoración, existe el mandato expreso de la ley especial (Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica) cuya jerarquía sobre el Código de Procedimiento Civil, debe aplicarse con relación a la materia que regula, en particular en lo relativo a la valoración de los documentos electrónicos, que: “Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos...”. Igualmente establece dicho Decreto ley, en su artículo 6 que: “Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija el cumplimiento de solemnidades o formalidades, estas podrán realizarse utilizando para ello los mecanismos descritos en este Decreto-Ley”.

Así pues, el Mensaje de Datos hará plena prueba si ha sido reconocido ó si debe ser tenido por reconocido, tanto como el documento privado, tal como lo establece la presunción iuris tantum contenida en el artículo 1363 del Código Civil venezolano, el cual establece: “El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario de la verdad de esas declaraciones.”

1.5.9.- Derecho de Probar y la Libertad de Medios Probatorios

Según Montero Aroca (1998, p. 142) sin caer en los extremos de calificar a cualquier concepto como principio, se va a indicar que existe uno de orden superior que es: el principio del debido proceso en la prueba. Es un verdadero principio, pues, está conectado íntimamente con derechos de rango fundamental. En Venezuela en la Constitución Nacional se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba.

En el artículo 26 constitucional se establece el derecho al acceso a los órganos de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, ello significa el ser oído, lo cual conlleva la probanza; en el artículo 49 en el ordinal 1º, e jusdem, se consagra el derecho de acceder a las pruebas en su contra, disponer de los medios adecuados para su defensa y se establece que serán nulas las pruebas obtenidas mediante la violación del debido proceso.

Allí están involucradas todas las garantías individuales del proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal. La pregunta supone que existe el derecho de probar. No es una perogrullada, pues, si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo; que equivale a lo que decían los romanos *idem est non esse aut non probari*.

Es obvio, de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica, si en caso de que nos sea desconocida no podemos probar. En el mismo artículo 49 se consagra el derecho a probar cuando establece que de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Así pues, que la facultad o derecho de probar, es inseparable del derecho de defensa. En la doctrina moderna constitucional se entiende que la persona tiene el derecho fundamental a probar sus alegaciones.

En protección del derecho constitucional de defensa, las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba que puedan demostrar sus hechos. Interesa, también, para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, que haya libertad probatoria.

La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y que dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a los previstos en la ley. Sólo se limita esta libertad en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye su ingreso al proceso regla de exclusión.

Parra Quijano (2001, p. 12) ha sido enfático en la visión de defender la tesis de la libertad de medios de prueba; sin significar esto de ninguna manera, que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados. Es obvio que los fines no justifican los medios. No obstante, la libertad de medios de prueba tiene un significado garantista, pues, no se puede limitar el derecho de probar que sea ajustado a los valores y principios que la Constitución propugna, máxime cuando el progreso humano, manifestado en la ciencia, la técnica y la tecnología, crea instrumentos más afinados para percibir el mundo y determinar sus relaciones. Ese desarrollo científico debe ser asimilado por el derecho para que sea instrumento para el alcance de la verdad y justicia. De suerte que fuera de la ley pueden existir otros medios probatorios, que no fueron previstos y que son resultado del progreso humano y social.

Para Parra Quijano (2001, p. 12) en la redacción de la norma in comento se hace la distinción entre las pruebas admisibles establecidas en el Código

Civil, en el Código de Procedimiento Civil y en otras leyes de la República, y las que las partes, distintas a aquellas, consideren pertinentes e idóneas para contrastar sus afirmaciones de hecho. No puede ser de otra manera, pues, de haberse adoptado el sistema *numerus clausus* implicaría negar eficacia probatoria a todos los modernos instrumentos técnicos con capacidad para registrar y reproducir hechos y todos aquellos que el avance científico y tecnológico alcance. Así que nuestro sistema probatorio consagra el camino de la condición de *numerus apertus* de las pruebas, lo que permite la introducción de diversos medios probatorios.

La época actual se califica como la era de la revolución microelectrónica, incluso se habla de modo de producción microelectrónica, siendo sus productos instrumentos básicos para el proceso productivo y el conocimiento. En este sentido es preciso señalar que los medios electrónicos pueden contener mensajes, datos, información, etc., o ser simplemente instrumentos; pero, es justo aclarar que no todo medio electrónico transmite o traslada información, por lo que es preferible hablar de medios informáticos o tecnologías de la información, en el entendido de que éstos son parte de aquellos.

1.5.10.- Medios de Prueba en el Procedimiento Civil Venezolano.

Por medios de prueba deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren esas razones o motivos. El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, dispone: "Artículo 395: Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas

semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez." De la transcripción anterior, se evidencia que son medios de pruebas admisibles en juicio, los que determina el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República, además de aquellos no prohibidos por la ley y que las partes consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones. Así, en sentencia publicada en fecha 16 de julio de 2002, bajo el N° 0968, se estableció lo siguiente: "Conforme ha sido expuesto por la doctrina procesal patria y reconocido por este Tribunal Supremo de Justicia, el llamado sistema o principio de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, lo cual se deduce sin lugar a equívocos del texto consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil. Vinculado directamente a lo anterior, destaca la previsión contenida en el artículo 398 eiusdem, alusiva al principio de la libertad de admisión, conforme al cual el Juez, dentro del término señalado, "... providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes"; Conforme a las consideraciones precedentes, entiende la Sala que la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y al establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar

respecto de la legalidad del acto impugnado. Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia, (...). Conforme a lo expuesto, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mantiene su criterio en cuanto a la libertad de los medios de pruebas y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes para la demostración de sus pretensiones.

Así, corresponde al juez de mérito declarar la legalidad y pertinencia de la prueba promovida una vez realizado el juicio analítico que le corresponde respecto a las condiciones exigidas para la admisibilidad del medio probatorio escogido por las partes, atendiendo a lo dispuesto en las normas que regulan las reglas de admisión de las pruebas contenidas en el Código de Procedimiento Civil; y será en la sentencia definitiva cuando el juez de la causa, como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre la prueba promovida, determine la incidencia de la misma sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto a la legalidad del acto impugnado.

1.6.- Sistema de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil Venezolano. Determinar el valor probatorio del correo electrónico como documento “escrito” en el proceso civil.

1.6.1.-Sistemas de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil Venezolano.

La valoración de las pruebas la hace el juez, existiendo dos sistemas: Legal y libre apreciación de las pruebas.

➡ El sistema de la prueba legal o tasada implica que la valoración de los medios probatorios se encuentra predeterminada en el ordenamiento procesal. Existen pruebas plenas y semiplenas. Nuestro derogado Código de Procedimientos Civiles lo acogió.

➡ En el sistema de la libre apreciación de las pruebas no existen cortapisas legales en la valoración, pues todas las pruebas se aprecian en su conjunto. Los artículos 509 y 510 del C.P.C. señalan que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su derecho.

Correlativo al último sistema se encuentra la sana crítica. En la sana crítica el juez emplea las reglas de la lógica y de su experiencia. V. gr., determinar si el demandado actúo con la debida diligencia en el cumplimiento de la prestación (bonus pater familiae).

1.6.2.- Eficacia probatoria del correo electrónico de acuerdo a la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas electrónicas.

El artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela dictamina:

"Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6 de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas".

Además, equipara la firma electrónica a la firma autógrafa de la siguiente manera:

Artículo 16. La Firma Electrónica que permita vincular al Signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. A tal efecto, salvo que las partes dispongan otra cosa, la Firma Electrónica deberá llenar los siguientes aspectos:

Garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez, y asegurar, razonablemente, su confidencialidad. Ofrecer seguridad suficiente de que no pueda ser falsificada con la tecnología existente en cada momento.

No alterar la integridad del Mensaje de Datos.

A los efectos de este artículo, la Firma Electrónica podrá formar parte integrante del Mensaje de Datos, o estar inequívocamente asociada a éste; enviarse o no en un mismo acto".

El artículo 395 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela (1987), establece que "Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez".

Del anterior artículo se resalta que cualquier medio probatorio es válido y conducente para acreditar los hechos afirmados por las partes, a no ser que este se encuentre expresamente prohibido por la Ley. A esta libertad de pruebas es a lo que los doctrinarios han llamado la libertad de medios probatorios, lo cual permite a las partes acreditar sus alegatos mediante cualquier medio probatorio pertinente enumerado o no en la ley, siempre y cuando se circunscriba al criterio de la pertinencia y conducencia o utilidad del medio de prueba propuesto. En este orden de ideas, no se deberán admitir por ser impertinentes los medios de prueba que se dirijan a probar hechos no alegados, no controvertidos y que no sean relevantes. La decisión sobre la pertinencia o no de las pruebas propuestas por las partes, como la valoración de las mismas, le corresponde a los órganos judiciales de conformidad con los Artículos 507 al 510 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, para demostrar algún hecho ocurrido en internet, se podrá utilizar todos los medios de prueba pertinentes, medio de prueba (legal o libre) siempre que contribuya a formar el convencimiento del juez y haya sido obtenido en forma lícita.

Los Mensajes de Datos tienen plena valor jurídico, como el documento escrito. El Art. 5 determina que "No se negaran efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en Mensaje de Datos"

Prueba Documental

En el campo jurídico, el documento es el elemento esencial dentro del sistema informativo del derecho.

El documento es definido por Carnelluti como una cosa que hace conocer un hecho. De allí se deriva que el documento, es algo material, tiene una finalidad representativa de un acontecimiento y debe ser anterior al litigio en el cual pretende utilizar como prueba

Carnelluti, al igual que otros autores, abre las puertas a la admisión del documento electrónico, sin embargo; hay otra parte de la doctrina que no da cabida a considerar el documento electrónico como medio de prueba documental, en la medida en que el documento siempre debe ser escrito en un soporte de papel.

¿Qué es el documento electrónico?

Aquel proveniente de la elaboración electrónica, o aquel objeto físico dirigido a conservar y transmitir informaciones mediante mensajes en lenguaje natural, realizado con la intermediación de funciones electrónicas.

Resulta importante plantear varios cuestionamientos conducentes a la determinación de los documentos electrónicos como verdadero medio de prueba.

1. Se podrían considerar enmarcados dentro de la clasificación de documentos

2. Podrán servir los nuevos documentos electrónicos o informáticos de medios de prueba, teniendo en cuenta la ausencia gran cantidad de países de una ley que los pueda clasificar como tal.

3. Frente al concepto "Documentos original", en el documento electrónico es difícil determinar la diferencia entre el documento original y la copia del mismo.

4. La seguridad de los medios electrónicos es suficiente para contrarrestar la desconfianza, incertidumbre y falta de credibilidad que el documento electrónico genera, ante las posibles alteraciones de su contenido.

Estos interrogantes son resueltos por la normativa establecida en la Ley, al determinar que tanto el documento electrónico (mensaje de datos) como la firma digital tienen el valor probatorio que la ley otorga a los documentos escritos y a la firma autógrafa. Para ello determina ciertos requisitos, los cuales son analizados en las siguientes líneas.

En este sentido, además de los requisitos de admisibilidad, es necesario cumplir con los requisitos de eficacia probatoria de este documento como un documento privado, en el entendido de que el documento electrónico está clasificado como uno de ellos, lo cual garantizará su inclusión dentro del proceso. Entre éstos se destacan:

➡ Establecimiento o presunción de autenticidad. El Juez debe estar seguro de la autenticidad del documento. Dicha autenticidad puede estar legalmente presumida o valorada. El artículo 1.363 del (CPC), establece que el instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido hace plena fe, mientras no sea declarado falso, es decir, será valorado. Esto es una presunción de autenticidad.

➡ El contenido del documento debe ser convincente. El documento debe tener la claridad y precisión en su contenido y relación con lo que se pretende probar, para dar convencimiento al Juez sobre los hechos.

➡ Inexistencia de prueba legalmente válida en contra, a los fines de no desvirtuar los hechos en el contenido y de evitar la tacha o impugnación del documento.

➡ Integridad del documento, el documento debe estar completo, sin alteraciones, mutilaciones o tachaduras que lo hagan impreciso.

El común denominador entre los requisitos de admisibilidad y eficacia de estos documentos privados, estriba a la inalterabilidad del documento, certidumbre y confiabilidad de su contenido, autoría y demás datos, así como a su legibilidad, en tanto que éste debe permitir ser leído, comprendido; y a su autenticidad respecto al autor, lo que queda establecido con la firma electrónica y la certificación otorgada por los prestadores de servicios de certificación.

Para la admisibilidad en el proceso de estos documentos electrónicos, deben estar satisfechos estos requisitos, “(...) porque a pesar de ser este un

objeto físico dirigido a conservar y transmitir informaciones, mediante mensajes en lenguaje natural, realizado con la intermediación de funciones electrónicas, éstos no escapan de cumplir con las exigencias establecidas, aún cuando se consideren bajo la Tesis de pruebas libres, su admisión debe estar ajustada a la Ley, para darle vida en el proceso.

1.6.3.- Riesgos frente a los documentos electrónicos y las firmas digitales.

Los principales fenómenos de seguridad que se presentan en Internet son los siguientes:

1.6.3.1.- Robo de Información.

Permite obtener la información de los usuarios de la red, tales como números de cuentas, tarjetas de crédito, facturación, etc. Así mismo por este sistema se puede robar servicios exclusivos de suscriptores. De esta manera se viola la privacidad en las comunicaciones. Por medio de algoritmos criptográficos (vistos anteriormente) se puede contrarrestar esta situación.

1.6.3.2.- Suplantación de Identidad.

Una de las actividades más comunes en Internet. Cuando una persona utiliza las claves de otra haciéndose pasar por esta y realizando transacciones en nombre de aquel. De esta manera el suplantador podría usar el número de tarjeta de crédito del suplantado o comprometer su responsabilidad sin que este tenga la voluntad de obligarse. Por medio del sistema de la Firma Digital se puede obviar esta suplantación. Esto se estudiara más adelante.

1.6.3.3.- Sniffers

Son herramientas informáticas que permiten obtener las Claves de Acceso que permiten entrar a los lugares donde se guarda la información. Permiten la consumación de "delitos" de robo de información y suplantación

de identidad. Los sistemas de criptografía y de llaves públicas ofrecen una adecuada protección.

1.6.3.4.- Modificación de Información

Es la forma de alteración del contenido de un mensaje de datos en el lapso de tiempo que sale del iniciador y llega al destinatario, cambiando considerablemente el mensaje de salida al mensaje de llegada. La Firma Digital es el mecanismo adecuado para conservar la integridad de los mensajes de datos.

1.6.3.5.- Repudio

Es el rechazo o la negación de una operación por una de las partes que intervienen en el negocio electrónico, esto puede causar problemas en los sistemas de pago. Si una de las partes rechaza un acuerdo previo con la otra parte, se verá abocado al sobrecosto en la facturación. La Firma Digital genera un buen medio de garantía.

1.6.3.6.- Denegación del Servicio

Es la forma de inhabilitar un sistema para que pueda operar normalmente, imposibilita que un cliente que tiene suscripción con un servicio, pueda obtener los beneficios respectivos.

1.6.3.7.- Elementos de Seguridad de los Mensajes de Datos y las Firmas Digitales

Para contrarrestar los fenómenos mencionados anteriormente es necesario suministrar unos buenos elementos de seguridad por partes de los actores intervinientes en Internet, a fin de lograr la entera confianza y que las transacciones tengan la suficiente garantía de realización segura. Para ello un sistema debe ofrecer seguridad a ambos extremos de la comunicación. Los principales requerimientos para cumplir con la seguridad son los siguientes:

1.6.3.7.1.- Confidencialidad

Las comunicaciones se deben restringir solo para las partes interesadas y no permitir el ingreso de terceras personas que nada tiene que ver con ella. Es esencial para la privacidad del usuario y evita los problemas de robo de información.

1.6.3.7.2.- Integridad

Se debe tener la suficiente garantía que en el proceso de comunicación no existe la posibilidad de modificación del mensaje de datos, no en el almacenamiento en los repositorios.

1.6.3.7.3.- Autenticidad

Debe existir plena identidad e identificación entre las partes, de tal manera que tengan la plena seguridad de que las personas que dicen estarse comunicando son las que realmente dicen ser.

1.6.3.7.4.- No Repudio

Realizada la operación no puede existir la posibilidad de negar dicha operación o de rechazarla.

1.6.4.- Admisibilidad del Documento Electrónico

Todo medio de prueba propuesto en el proceso debe cumplir los elementos de admisibilidad, entre estos, la pertinencia y conducencia. Jairo Parra Quijano⁵³ señala que, “(...) una prueba pertinente, quiere decir que el medio pretende probar un hecho que se constituye en el tema de prueba en el proceso, o conducente, esto es, que tenga la idoneidad legal para probar determinado hecho (...)”. Asimismo, debe considerarse la legalidad y licitud, como la posibilidad material de que la prueba sea practicada, toda vez que de no poder cumplir con dichos elementos la misma debe ser inadmitida.

La providencia o auto a través del cual el Juez se pronuncia sobre la admisión de las pruebas promovidas, es el resultado del juicio analítico

efectuado por él respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir aquéllas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil, atinentes a su legalidad y pertinencia, una vez analizada la prueba promovida, el Juez habrá de declarar la legalidad y pertinencia de la misma y en consecuencia, la admitirá, pues sólo cuando se trate de una prueba manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarda relación alguna con el hecho debatido, podrá ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmisibles”.

En virtud de lo anterior, se resalta que todo Juez al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad de la prueba promovida, inexorablemente tiene que verificar la legalidad y pertinencia de la prueba, para declararla admitida o inadmitida en el proceso, ya que sólo en aquellos casos donde la prueba sea considerada como contraria al ordenamiento jurídico, que no pueda concebirse como el medio idóneo para demostrar las pretensiones de la parte promovente o no guarde relación con el hecho debatido, en atención a los límites en que ha quedado establecida la litis, podrá declararse ilegal, impertinente, inconducente y, por tanto, inadmisibles.

Así las cosas, se entiende que la admisión de las pruebas promovidas por las partes en el proceso se erige como la regla, mientras que la declaratoria de inadmisibilidad es la excepción, pues las partes tienen el derecho a la prueba, así como la “carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho”, (artículo 506 del CPC), esto es, las circunstancias o hechos esgrimidos en los recursos, demandas o solicitudes presentadas ante el Órgano Jurisdiccional, en desarrollo y pleno ejercicio del derecho a la defensa y debido proceso consagrados en el artículo 49 de la (CRBV).

Respecto a la admisibilidad de los mensajes de datos en el proceso, la (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas) dispone en su artículo 5 que, “Los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones

constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal”. De allí que, un mensaje de datos que haya sido interceptado o adquirido en violación de tales garantías, no podrá ser utilizado válidamente como medio de prueba, por ser inadmisibile por la licitud del medio.

Ahora bien, en cuanto al ofrecimiento en juicio de los mensajes de datos como medios de prueba, el artículo 4 de la Ley ejusdem, establece que deberá seguirse el procedimiento establecido para las pruebas libres, por lo que, se reconoce su carácter documental, en consideración a lo cual deben aplicarse por analogía las reglas sobre la prueba por escrito previstas en el Código Civil de Venezuela y Código de Procedimiento Civil.

No obstante, lo antes señalado como bien manifiesta Eduardo Cabrera Romero, “no se puede pretender invadir por completo el campo que correspondería a un medio legal, ni tampoco obtener un resultado distinto al que se lograría con éste”. Es decir, se aplicaran por disposición de la (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas) , las normas de la prueba documental, sin obviar la naturaleza del documento electrónico. Así, el original de un documento electrónico, mensaje de datos o de cualquier registro telemático, será el que circula en la Red y que sólo puede ser leído a través del computador; siendo ofrecido como prueba documental y consignado en el expediente judicial archivado en un formato que permita su consulta por el juez, esto es en un (disquete) o su impresión cuando así se requiera.

Aplicando lo expuesto al aspecto probatorio de los mensajes de datos, se indica que, la parte que pretenda valerse de este medio de prueba, deberá en todos los casos, afirmar y probar las circunstancias que convenzan al juzgador de que la impresión o el registro contenido en el disquete es una representación genuina de la información contenida en el formato original o en algún formato que reproduce con exactitud la información generada o

recibida, y que además, esa información se ha conservado íntegra y a permanecido inalterable, desde que se generó, archivó o recibió, salvo algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, como así lo dispone el artículo 7 de la (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), lo cual puede expresarse en el proceso, considerando que el mensaje de datos (documento electrónico) es guardado en un sistema confiable y seguro, que protege la información en un disco duro y, que puede ser autenticado con la firma electrónica y, certificado por los proveedores de servicios.

En este orden de ideas, se puntualiza que al promovente le corresponderá demostrar la conductibilidad del medio, esto es, si es capaz de trasladar al proceso los hechos controvertidos; así como su credibilidad, además, de evitar la impugnación de la prueba ofrecida.

Respecto a lo manifestado, Arístides Rengel Romberg⁵⁵ insiste que, “no es la oportunidad de la promoción de la prueba, la prevista para desembarazarse de la carga de probar la autenticidad y la credibilidad del documento; sin necesidad de actividad de la contraparte, sino en la incidencia provocada por desconocimiento del documento, pues en caso de silencio de la parte contra la cual se produce el documento, éste quedará reconocido”. Y añade que, “Es generalmente admitido en doctrina, que un control preventivo de la relevancia o idoneidad de la prueba documental del tipo de las reproducciones mecánicas y pruebas científicas, no puede realizarlo el juez en la etapa de admisión de la prueba, sino que pertenece a la apreciación de su eficacia, después de su adquisición”.

Lo señalado por el citado autor, sobre lo innecesario de acreditar la autenticidad y credibilidad del documento en la oportunidad de la promoción de la prueba, es lo normalmente aceptado en la práctica del proceso, no obstante, es favorable a la parte promovente indicar la pertinencia e idoneidad del medio de prueba promovido, ya que es posible al no cumplir

con dichos requisitos, que el Juez no valore en definitiva la probanza, lo que ocurriría independientemente de que haya o no oposición.

Ciertamente, la prueba de los mensajes de datos es una prueba compleja, puesto que el promovente no sólo tendrá que aportar al proceso el mensaje o información a través de algún medio de prueba análogo (impresiones del contenido del mensaje, reproducciones del formato o soporte digital original que conserva la información), sino que además deberá alegar y/o anunciar los medios de prueba a través de los cuales demostrará la autenticidad del mensaje o documento electrónico.

Igualmente, para que un documento electrónico goce de la eficacia probatoria que le otorga la (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), no basta la simple producción en juicio de la impresión y/o del disquete contentivo del mensaje de datos, sino que debe demostrarse que la información contenida en él además de permanecer inalterable, permite su acceso y es confiable, es decir que el documento tiene credibilidad, autenticidad e integridad del mensaje, ya que conforme a esta Ley, dicho instrumento puede ser considerado en el proceso como medio de prueba, siempre que cumpla con ciertas condiciones.

1.6.5.- Condiciones de Admisibilidad de la Prueba del Documento Electrónico

Para que este documento sea admitido en el proceso debe cumplir con ciertos requisitos de admisibilidad, que demuestren su veracidad y autenticidad. Entre los cuales se encuentran:

- ➡ Calidad de los sistemas usados para su elaboración y almacenamiento.
- ➡ Veracidad de la información; ya que el contenido del lenguaje remitido debe ser exacto al recibido, conforme con la integridad del mensaje exigida en el artículo 7 de la (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas).
- ➡ Conservación del mensaje y la posibilidad de recuperación.

- ➡ Su legibilidad, a los efectos de leer y comprender el mensaje de datos.
- ➡ Posibilidad de identificación de los sujetos participantes y de las operaciones realizadas en el proceso de elaboración del documento.
- ➡ Autenticidad del mensaje, mediante la firma electrónica.
- ➡ La fiabilidad de los sistemas utilizados para su autenticación.

1.6.6.- Promoción y Evacuación de la Prueba

La (Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas) en su artículo 4° dispone “los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, (...). Su promoción, control, contradicción y evacuación se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil (...). Según dicha Ley, el documento electrónico debe seguir el sistema de las pruebas libres, que de acuerdo al principio de equivalencia funcional se asemeja a la prueba documental.

En este sentido, se destaca que la Ley ejusdem, no de forma expresa que los mensajes de datos (documentos electrónicos) deben analizarse bajo las normas de la prueba documental, sin embargo, conforme al principio de equivalencia funcional reconocido en Venezuela, se establece que el valor jurídico de éstos documentos no será discriminado, aplicándosele en consecuencia, por analogía lo dispuesto para el documento privado. Ello así, el artículo 1.363 del Código Civil, establece:

Artículo 1.363. El instrumento privado reconocido judicialmente o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; y hace fe, hasta prueba en contrario de la verdad de esas declaraciones.

PARRA QUIJANO, Jairo: *"Manual de Derecho Probatorio"*, Ediciones Jurídicas el Profesional, Bogotá, 1992, pp. 27-28. PARADA CAICEDO, J. *"El documento electrónico como medio de prueba"*. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal N° 28, Bogotá Colombia, año 2002, p. 142. ⁵⁷ RAMÍREZ GÓMEZ, José F. *"La Prueba Documental"*. p. 221. CABRERA ROMERO, Eduardo: *"Contradicción y control de la prueba legal y libre"*. Tomo I, Caracas, 1997, p. 99. RENGEL ROMBERG, Aristides. *op. cit.* p.420.

CONCLUSIONES

El trabajo especial le permitió al autor establecer las siguientes conclusiones: señalando en primer lugar, que la conceptualización del correo electrónico en la legislación venezolana, viene dado, no sólo por las sentencias reseñadas sobre las pruebas técnicas y la de Sala Constitucional relativas a la forma de notificar y lograr la eficacia; sino por las opiniones de los doctrinantes citados a lo largo del presente estudio, que demuestran que el documento electrónico, es tal, en tanto y en cuanto, es representativo de cosas, presentes, pasadas y futuras, que pueden ser llevadas a juicio, sin importar su lenguaje, que en el caso concreto, sólo es legible por un computador; erigiéndose el lenguaje de los "bits", en el Esperanto moderno.

Con lo anterior se concluye que no existiendo en el Derecho Venezolano, una definición escritural del correo electrónico ni de la firma, nada obsta para que uno y otro, puedan asimilar los conceptos expuestos a lo largo del presente trabajo y, por consiguiente, tanto el documento electrónico, como la firma digital, sean considerados dentro de los conceptos tradicionales.

Tal tesis conclusiva es consecuencia de los siguientes conceptos doctrinales y jurisprudenciales patrios:

➡ Conforme dictaminó la Sala Constitucional en sentencia del 02 de febrero de 2000, bajo ponencia del Dr. Cabrera Romero, los únicos requisitos válidos para admitir cualquier probanza en juicio son su legalidad y pertinencia "ya que este es el criterio que rige la admisibilidad de las pruebas".

➡ El problema de la valoración de la prueba es diferente al de su admisión, siendo válido el aserto del doctrinante Rengel Romberg en el sentido de que "La credibilidad de la prueba, no es, pues, un prius que deba afirmar el promovente a los fines de su admisibilidad, sino que resulta a

posteriori, de la valoración de las pruebas aportadas en la etapa de instrucción".

➡ Son admisibles en juicio las pruebas técnicas, con prescindencia del soporte físico de las mismas (audiovisuales, gráficas, etc.)

➡ Con relación al valor probatorio, la máxima que puede extraerse del material citado, viene dicho por Rengel Romberg , en los términos siguientes:

Tratándose de medios de prueba libres, los cuales obviamente, no tienen en la ley una determinación formal cuya infracción pueda afectar su legalidad, ésta se gobierna por los principios de libertad y de analogía con los medios legales, a menos que el medio elegido por la parte se encuentre expresamente prohibido por la ley, o que resulte violatorio del orden público, de la moral o de las buenas costumbres (Art. 11 C.P.C) o de alguno de los derechos y garantías constitucionales o de aquellos inherentes a la persona humana, asegurados por la Constitución (Arts. 46 y 50 CN), que son principios fundamentales del orden jurídico y social venezolano y será una labor importante y delicada de la jurisprudencia, determinar con prudencia la legalidad de dichos medios, sin menoscabar ni violentar la garantía de la defensa y la eficacia del contradictorio, ni caer en una interpretación estrecha de los mismos, que coloque al juez de espaldas al progreso técnico y científico de nuestro tiempo, o a la intención del legislador.

RECOMENDACIONES

Los documentos y su validez a lo largo del tiempo son un claro ejemplo del temor a lo novedoso y a los cambios. Cuando se inventó la escritura se dijo que iba a terminar con la congénita recordación y memoria de la humanidad. Cuando apareció la fotografía los impresionistas la cuestionaron porque consideraban que era sólo mediante la pintura que se podía reflejar la realidad. Cuando apareció la fotocopiadora se presentaron discusiones intensas a propósito de aceptar o no su validez probatoria.

En tal sentido, estudiado qué es y la influencia que tiene en todo el mundo la tecnología, la electrónica y telemática, en específico el Internet y sus prácticas, considerando igualmente, los correos electrónicos y, el carácter que tienen como medios de pruebas, aceptados dentro del Principio de la Libertad de la Prueba en el proceso por casi todos los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se considera importante reflexionar sobre lo siguiente:

- ➡ Creación de mecanismos de confiabilidad del Internet y de todas sus prácticas.
- ➡ Incentivar el uso de la computación, que permita la conservación de registros e información electrónica mediante medios duraderos e inalterables (soporte magnético u óptico).
- ➡ Adoptar las medidas de seguridad necesarias que permitan garantizar la lectura y recuperación del contenido del documento electrónico.
- ➡ Remitir al estudio de estos documentos a investigaciones avanzadas en la materia, que identifiquen su carácter técnico y valoración.
- ➡ Atribuir verdaderos efectos jurídicos a la información contenida en los documentos electrónicos.

➡ Permitir la conservación de los documentos electrónicos, en formatos electrónicos (archivos electrónicos) y, excepcionalmente en medios impresos.

➡ Destacar la identificación, privacidad, seguridad e integridad de estos instrumentos, para que sean considerados como medios de pruebas.

➡ Satisfacer las exigencias legales establecidas para que este documento electrónico sea empleado en todo proceso.

➡ Incentivar a los usuarios que deseen ser identificados en Internet, que empleen técnicas de seguridad, como la criptografía o código secreto (Contraseña o firma electrónica), para demostrar su autoría.

➡ Promover el conocimiento del procedimiento establecido por la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, respecto a los mensajes de datos y firmas electrónicas.

➡ Crear de forma inmediata mecanismos para evitar la alteración de los mensajes de datos, como la firma electrónica y los certificados electrónicos, avalados por la Superintendencia de Certificación Electrónica.

➡ Aclarar los términos de la ley, como qué se considera un documento electrónico, pues ésta alude al mensaje de datos.

➡ Promover la creación de un dispositivo seguro de la creación de Firmas Electrónicas.

➡ Reglamentar la actividad que podrían realizar los prestadores de servicios de certificación, quienes otorgan certeza a estos documentos, para de esta forma darle enfático empleo como Instrumentos de Prueba en nuestro Derecho, brindando así la certeza, confiabilidad, tratamiento y seguridad jurídica que se merecen.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1.- Libros.

- CABANELLAS, GUILLERMO. (1976) **Diccionario de Derecho Usual**. Tomo I al V. Caracas, Venezuela.
- CABRERA, JESUS EDUARDO (2.006) **Revista de Derecho Probatoria**. Tomo 14. Ediciones Homero. Caracas, Venezuela.
- COUTURE, EDUARDO. (1976) **Vocabulario Jurídico**. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- FUENTES, FERNANDO. (2.007) **Marco Legal de la Informática y la Computación**. Editores Vadell Hermanos. Caracas, Venezuela.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, RICARDO (1998). **Código de Procedimiento Civil**. Tomo V., Caracas, Venezuela.
- HENRIQUEZ LA ROCHE, RICARDO (2005). **Instituciones de Derecho Procesal**. Ediciones Liber. Caracas, Venezuela.
- MONTERO AROCA, J. (2000), **“Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)”**, en La prueba, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid.
- PARRA ARANGUREN, FERANDO. (2.005) **Temas de Derecho Procesal**. Tribunal Supremo de Justicia Colección Estudios N° 15 Caracas, Venezuela.
- RIVERA MORALES, RODRIGO. (2007) **Pruebas y Oralidad en el Proceso**. Editorial Horizonte, C.A. Barquisimeto, Venezuela.
- SENTIS MELENDO, S. (1978), **La prueba**, Buenos Aires.
- VILLASMIL, FERNANDO. (2.006) **Teoría de la Prueba**. Tercera Edición. Maracaibo Venezuela.

2.- Leyes.

- Asamblea Nacional Constituyentes. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela** (1999) Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial

de la República Bolivariana de Venezuela N°. 5.453 (Extraordinaria).
Marzo 24 de 2000.

- Congreso de la República de Venezuela. **Código de Procedimiento Civil**. (1987) Caracas, Venezuela. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.453 (Extraordinaria). 17 de septiembre de 1990.
- Asamblea Nacional de la República de Venezuela. **Ley Especial contra los Delitos Informáticos**, publicado en Gaceta Oficial N° 37.313 de fecha 30 de Octubre del 2001.
- Asamblea Nacional de la República de Venezuela. **Ley Orgánica Procesal Del Trabajo**. Gaceta oficial número: 37.504 de fecha 13 de agosto de 2002.
- Asamblea Nacional de la República de Venezuela. Decreto con rango y fuerza de **Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas**. Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de Febrero de 2001.

3.- Páginas Web consultadas

- www.alfa-redi.com/rdi.shtml .PEÑARANDA, Héctor. "La informática jurídica y el derecho informático como ciencias. El derecho informático como rama autónoma del derecho", en Revista Electrónica de Derecho Informático (REDI), No. 3, octubre de 1998.
- www.tsj.gov.ve
- www.google.com
- www.yahoo.com
- www.monografias.com
- <http://es.wikipedia.org/wiki/Esteganografia>
- www.notifica.net
- <http://www.suscerte.gob.ve>

- FIIDT: <https://ar.fii.gob.ve/cgi-bin/openca/pub/pki?cmd=getStaticPage&name=index>
- Procert: <https://www.procert.net.ve/index.asp>