TESIS
D+2003
02

EFICACIA PROBATORIA DEL MENSAJE DE DATOS Y DE LA FIRMA ELECTRÓNICA SEGÚN LA NUEVA LEY DE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRONICAS

Abogado GREGORY ODREMAN ORDOZGOITTY

Asesor Dr. LUIS ALFREDO HERNANDEZ MERLANTI

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"

[2003]

A las tres mujeres más importantes en mi vida
quienes me impulsan a ser cada día mejor,
mi esposa, mi madre y mi abuela.

A mi hijo Alejandro, quien cada día me invita
a caminar por los misterios de la vida
y me enseñó a descubrir los distintos
tonos del amanecer.

A todos mis compañeros y amigos del Escritorio Echeverría & Asociados,

Muy especialmente a la rectitud de mi compadre, al espíritu de lucha de María Antonieta y al Dr. Juan Martín Echeverría, quien día a día nos ofrece la posibilidad de aprender de él a ser honestos, justos y gallardos,

para ellos mi más sincero y eterno agradecimiento.

INDICE GENERAL

		pág.
RESUMEN		VI
INTRODUCCION		1
CAPITULO		
I.	**EL MENSAJE DE DATOS**	9
	A. Definición de mensaje de datos	9
	B. Analogía con el documento privado	12
	C. De la regulación del mensaje de datos en el Sistema Venezolano	17
	D. Eficacia probatoria del mensaje de datos ó Documento electrónico	30
	E. Formas de promoción, evacuación y control Del mensaje de datos	37
II.	**LA FIRMA ELECTRONICA**	44
	A. Definición	44
	B. Regulación de la firma electrónica en el Derecho Venezolano	50
	C. Requisitos de la firma electrónica	53
	D. Eficacia probatoria de la firma electrónica	55
III.	**CONCLUSIONES**	59

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 71

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA EFICACIA PROBATORIA SEGÚN LA LEY DEL MENSAJE DE DATOS Y LA FIRMA ELECTRÓNICA

Autor: Gregory Odreman Ordozgoitty
Tutor: Luis Alfredo Hernández
Fecha: Noviembre 2003

RESUMEN

El presente trabajo de investigación analiza la situación jurídica y los efectos y consecuencia jurídicas del mensaje de datos y la firma digital a raíz de la entrada en vigencia de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas. Dentro de los objetivos fundamentales de esta investigación se estableció la analogía jurídica entre el mensaje de datos y el documento privado, se determinó la eficacia probatoria de estos nuevos instrumentos legales, su promoción, evacuación, control, contradicción y las maneras de impugnación, y estableció los medios probatorios idóneos para llevar a los procesos a los mensajes de datos, así como el alcance, elementos fundamentales, requisitos y eficacia probatoria de la Firma Digital. La técnica utilizada fue netamente cualitativa, basada en la investigación documental, por lo que constituye un trabajo analítico y de eminente desarrollo conceptual, además de interpretar y analizar las distintas opiniones de los autores consultados. Para ello se partió de la base descriptiva jurídica. El instrumento utilizado fue la matríz de análisis de contenido, además de realizar un estudio de la Ley conforme a los principios probatorios y procesales que rigen el ordenamiento jurídico venezolano. Las conclusiones que arrojó la presente investigación tienden a demostrar la analogía del mensaje de datos con los documentos privados, así como la analogía en el tratamiento y validez de la firma electrónica con la firma manuscrita, además de concluir sobre las formas idóneas de llevar al expediente los mensajes de datos de acuerdo a los distintos medios probatorios establecidos en la Ley Procesal Civil.

INTRODUCCION

La presente investigación surgió de la necesidad de cumplir con los objetivos de la Especialización en Derecho Procesal Civil, dictado por la Dirección de Post-Grado de la Universidad Católica "Andrés Bello", a los fines de obtener el título de Especialista.

Este sencillo estudio, le dio la oportunidad a su autor de revisar, analizar y estudiar el novedoso tema de las contrataciones electrónicas a través del Mensaje de Datos o Documento Electrónico y la Firma Digital, muy en boga en Venezuela desde la entrada en vigencia en el año 2.001 del Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Por lo novedoso de la materia, la doctrina nacional es escasa, por lo que el investigador espera que este trabajo sea un aporte a los efectos de realizar el correcto análisis e interpretación de los principios establecidos en la Ley especial revisada, y que de alguna manera despeje las dudas sobre la eficacia probatoria del mensaje de datos, pero fundamentalmente, sobre la forma idónea de promoción, evacuación control, contradicción e impugnación de los documentos electrónicos que deban ser llevados al proceso judicial.

Es por todos los practicantes del derecho conocido, que el Sistema Jurídico Venezolano durante su evolución y desarrollo, ha estado influenciado directamente por los principios del Derecho Romano, con especial referencia a plasmar la manifestación de la voluntad en el papel, es decir a través de la documentación de las negociaciones. De esta forma, en la actualidad, el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil establecen en su texto los distintos tipos de documentos, llámense públicos o privados, y de manera taxativa las formas de control, contradicción, impugnación, y la eficacia probatoria de los mismos.

El Legislador Venezolano, a pesar de haber delimitado o determinado las formas instrumentales, dejó abierta la posibilidad durante el proceso, o en la formación de la manifestación de la voluntad, de la inclusión de nuevos mecanismos probatorios o **pruebas libres**, supeditando sus efectos, eficacia y medios de control, a las pruebas legales preexistentes a través de la sana crítica.

Resulta notoria la globalización a nivel mundial de las telecomunicaciones, y con ésta la acelerada actualización de las actividades humanas a través de la tecnología. Entre las actividades que desarrolla el hombre en el proceso de evolución tecnológica nos encontramos el surgimiento de nuevas formas de celebrar negocios y de poner de manifiesto

la voluntad en la formación negocial, los cuales, para saltar las distancias y los obstáculos internacionales, se están realizando a través de los medios electrónicos de comunicación, entre los que se encuentran la Internet y el Correo Electrónico ó E - Mail.

Venezuela, en una muestra de avance en materia de tecnología de la información, legisló de manera reciente en lo relativo al Mensaje de Datos Electrónicos y la Firma Digital, a través de un Decreto con Fuerza de Ley que regula especialmente lo concerniente a estos aspectos.

Las nuevas tendencias tecnológicas en materia de información utilizan las redes electrónicas nacionales e internacionales, permitiendo el ahorro de tiempo y dinero en materia comercial a través de la transparencia de negociaciones, inclusive de la transferencia y pago de los fondos derivados de dichos intercambios comerciales, sin utilizar los documentos tradicionales hechos en papel, y sin que en muchos casos las personas intervinientes se encuentren siquiera presentes, todo esto a través de los novedosos documentos electrónicos que pueden llevar asociados o no una firma electrónica o digital, que permita vincular y atribuir la autoría a la persona de quien emanan.

Desde el punto de vista jurídico esta revolución tecnológica ha significado el alcance de la meta de dotar de seguridad jurídica al tráfico de información, de negocios, de contrataciones y de intercambio de bienes y servicios. No es posible concebir el desarrollo de tecnología comercial digital, si no se provee de la adecuada legislación que brinde el normal y seguro desempeño de estas actividades.

La legislación Venezolana actual establece la eficacia probatoria de los documentos o contratos cuando conste por escrito la firma de los intervinientes del mismo sea de manera privada, o través del acto público de su formación ante el ente que otorga fecha cierta y autenticidad. El Decreto Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, intentó plasmar los mecanismos jurídicos para que el mensaje de datos, asociado, a una firma electrónica, tenga la misma eficacia y valor probatorio del documento y la firma escrita, cumpliendo los requisitos establecidos en ese texto legal pero con el respeto a las formas documentales preexistentes.

Según el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, estas nuevas tendencias tecnológicas no suplantan a los tradicionales métodos de contratación, sino que, su utilización es voluntaria; queda por tanto al criterio de los participantes del negocio jurídico. No suple de ninguna forma a los actos solemnes y formales que en algunos casos deben ser

autenticados o registrados; lo que busca es que un mensaje de datos firmado electrónicamente no carezca de validez jurídica y que se garantice su eficacia y su fuerza ejecutoria, incluso en los procesos en que se utilicen con el fin de demostrar las afirmaciones de hecho de las partes.

Sin embargo, este novedoso texto legal se quedó corto en lo referente a la incorporación autónoma a los procesos de los mensajes de datos firmados electrónicamente, ya que remite a las formas procedimentales establecidas para las **pruebas libres** y es en lo concerniente a los efectos jurídicos del mensaje de datos, con respecto a su eficacia jurídica y a los modos de control, contradicción e impugnación, que surgen las preguntas que sirven de marco referencial para delimitar el presente trabajo.

Según la Ley, el mensaje de datos se promoverá, controlará y evacuará conforme a las pruebas libres, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 395 del Código de Procedimiento Civil; lo que llevó al investigador a considerar que los mensajes de datos se promoverán, evacuarán y controlaran por analogía legal como un híbrido entre éstas y la forma de promoción, evacuación, control y contradicción de los documentos privados según la Ley procesal.

Este trabajo está apoyado principalmente en la revisión analítica y jurídica de diversos autores, en su mayoría extranjeros, pues por lo novedoso de la materia, la doctrina nacional es escasa, autores estos que han tratado el tema de la investigación anteriormente, por sustentarse principalmente en fuentes bibliográficas y normas legales, de manera de poder plasmar una apreciación general y muy personal sobre el problema en estudio.

El instrumento utilizado fue la Matriz de Análisis compuesto por preguntas abiertas a los diferentes autores que han tratado el tema de los documentos electrónicos y las firmas digitales asociadas a éstos, los cuales han aportado con investigaciones anteriores, diversos criterios de análisis y respuesta.

Para asegurar la validez del instrumento se sometió a consideración de los autores consultados, seleccionados éstos por sus estudios y publicaciones, pudiendo el investigador concluir sobre la forma y fondo de la investigación, permitiendo establecer su adecuación, representatividad y compatibilidad en los conceptos generales.

Uno de los aspectos más interesantes de la investigación fue la recolección del material informativo, lo que se hizo tomando en cuenta los objetivos y las preguntas de la investigación, así como los aspectos a

estudiar, efectuándose tal actividad a través de las técnicas de lectura evaluativo y del resumen lógico.

El análisis de la información fue lógico, de manera inductiva y deductiva, y la interpretación de los datos o resultados fue realizada de manera coherente y ordenada por el investigador en sus conclusiones.

La información fue sometida a un análisis interno y externo; el primero para precisar la autenticidad; y el segundo está referido al estudio del contenido. Se trata de un análisis racional y subjetivo, del cual surgieron las conclusiones, las cuales fueron evaluadas y perfeccionadas a través de un proceso de síntesis, para integrarlas en una unidad coherente y con sentido pleno, que condujo a soluciones finales racional y legalmente fundamentadas.

Como limitación que el investigador se encontró, se puede citar la falta de doctrina y jurisprudencia nacional en la materia, así como la incompatibilidad de algunas exposiciones de los autores extranjeros con la Ley Venezolana objeto de este estudio.

El presente trabajo está dividido en tres capítulos que se suceden. El primero trata lo relativo a la definición del mensaje digital, su analogía con el

documento privado. Sus requisitos intrínsecos, la eficacia probatoria de los mismos, y las maneras idóneas de promoción, evacuación, control y contradicción durante el proceso, de los documentos electrónicos.

El segundo capítulo trata acerca de las firmas digitales o electrónicas. Sus requisitos, eficacia probatoria y las maneras de ser llevadas al mundo procesal.

El tercer y último capítulo, a manera muy sencilla, pero de una forma coherente, ordenada y responsable, plantea las conclusiones de la investigación, que no son más que un resumen de los hechos más las consecuencias.

No basta sino expresar, que el autor espera que la presente investigación cumpla con los requisitos mínimos para la aprobación del programa de la especialización, y de manera humilde, que sirva como un punto de base para todos aquellos que se atrevan a leer y comentar la investigación.

CAPITULO I

EL MENSAJE DE DATOS

A. DEFINICIÓN DE MENSAJE DE DATOS.

El **Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas** por sus siglas **LMDFE** de fecha 10 de Febrero de 2.001 en su Artículo **2°** define al Mensaje de Datos como: "*Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio*", definición que puede considerarse como suficientemente amplia de origen, al utilizar el término "toda información", pero que debe restringirse para poder ser interpretada en el ámbito legal, ya que si bien es cierto que cualquier comunicación plasmada en formato electrónico es considerada por la Ley Mensaje de Datos, no toda información ó manifestación realizada a través de la tecnología derivará en efectos jurídicos, como consecuencia de la manifestación de la voluntad de los particulares.

Al respecto, cabe hacer la consideración que no comporta el mismo tratamiento legal, el que un particular a través de medios electrónicos manifieste vivencias, sentimientos a un destinatario o simplemente transmita a través de tales medios una simple frase o palabra, siendo estas

comunicaciones consideradas por la Ley como "Mensaje de Datos", que aquel ó aquellos particulares que plasmen en formato electrónico una negociación, la cual genere derechos y obligaciones para las partes intervinientes en la comunicación electrónica; es decir, las consecuencias jurídicas serán distintas para un mensaje de datos que contenga una salutación, al que contenga –por ejemplo- la aceptación de una venta de un bien corporal con las características especiales de un negocio jurídico.

Los redactores de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, incluyeron acertadamente en la definición sobre Mensaje de Datos citada supra, los elementos o requisitos para determinar la esencia del Mensaje de datos, es decir, delimitaron la información a transmitirse o transmitida por medios electrónicos o digitales a todo tipo de información, pero dejaron abierto el compás de las consecuencias jurídicas de la información enviada o recibida o almacenada a través de la computación, que diferenciaría de manera sustancial al Mensaje de Datos de los Documentos Electrónicos.

Al respecto, el autor venezolano, **Raffalli, R.** (2.001. p. 139) se permite hacer la distinción entre el Mensaje de Datos y el Documento Electrónico de acuerdo a sus consecuencias jurídicas cuando plantea:

> "...la información contenida y representada por el mensaje de datos, obviamente es capaz de generar derechos y obligaciones, desde el momento que la misma puede ser almacenada, reproducida o transmitida, con lo cual puede implicar una interrelación con otros sujetos. Esas relaciones jurídicas comprenden dos elementos bien diferenciados, uno subjetivo constituido por las personas que interactúan en virtud del mensaje de datos quienes son o pueden ser afectadas por mandatos legales o contractuales; y en un segundo elemento que podemos llamar objetivo el cual está conformado por factores materiales o inmateriales que le dan vida a la relación jurídica desde el punto de vista de la integridad del mensaje y sus consecuencias..."

El tratadista **Peñaranda Quintero, H** (2.001, p. 121) le otorga el correcto tratamiento a la definición del mensaje de datos establecido en la Ley cuando dice: "...es aquel instrumento que contiene un escrito-mensaje, destinado a durar en el tiempo, en lenguaje convencional (bits), sobre soporte que podría ser cinta o disco... es aquel documento proveniente de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste."

A manera de determinar una correcta definición del Mensaje de Datos y de hacer la necesaria diferenciación con el Documento Electrónico, podemos afirmar: Que el mensaje de Datos es toda información generada o recibida por medios electrónicos, pero para que este Mensaje de Datos se convierta y sea tratado como Documento Electrónico con consecuencias

jurídicas, es necesario que el mismo contenga derechos y obligaciones exigibles entre las partes intervinientes en la relación electrónica, por lo que todo documento electrónico es y será siempre un mensaje de datos, pero no todo mensaje de datos podrá ser considerado como documento electrónico, lo que conlleva al autor a delimitar su investigación sobre el instrumento electrónico o digital que comporta relaciones jurídicas entre los particulares, que a los efectos de la presente investigación se traduce en el "Documento Electrónico" como especie del "Mensaje de Datos".

B. ANALOGÍA CON EL DOCUMENTO PRIVADO.

Al plantear lo relativo a la analogía o similitud entre un documento electrónico ó mensaje de datos y el documento privado, se hace menester efectuar una introducción a las características y elementos indispensables del género documental, y en especial a la especie de documento privado, para poder encuadrar -si fuere posible- el documento tecnológico en esta especie.

Un documento como tal deviene del sentido representar, demostrar, revelar o declarar la intención o manifestación de algo ó de alguien. A través de la historia esa representación de intención o de voluntades ha sido

plasmada en distintos materiales, desde la piedra, arcilla ó madera (como en el caso de las tarjas), hasta el papiro o papel.

El desarrollo, la tecnología, el descubrimiento de nuevas técnicas ha contribuido a manifestar las intenciones o voluntades a través del documento digital, piedra angular de este trabajo.

En palabras de **Guasp**, citado por **Sanchis Crespo, C.** (1.999, p. 48) "La materia de un documento es irrelevante a los efectos procesales, puede venir integrada por cualquier sustancia simple o compuesta, natural o artificial, con tal que su índole no le imponga una imposibilidad de desplazamiento hacia el órgano jurisdiccional".

De allí que la importancia o uno de los elementos distintivos del documento, más que la base en donde está plasmado, es su representatividad, es decir, la cualidad o facultad de representar los hechos, circunstancias o situaciones que están inmersas en su contenido, como y siempre así, como un reflejo de la manifestación de voluntad del o de los autores del mismo.

Por lo tanto, analizando los elementos intrínsecos del género documental, la relevancia radica en que un documento debe ser

representativo, debe representar o declarar en sí mismo lo que sus firmantes pretender manifestar a través de él; debe ser movible o trasladable, imperativamente ante un órgano jurisdiccional o ante el órgano que deba velar porque se cumplan sus invocaciones; debe bastarse a sí mismo, ya que su interpretación y alcance no debe requerir de otro instrumento o medio; debe ser perdurable, pues el carácter de tiempo debe estar determinado y ser determinante; su autoría debe ser legítima y fiel, ya que de ésta se generarán cargas, obligaciones o se concederán derechos y prebendas; y, por último, el documento en origen debe ser inalterable, para que de esta forma pueda cumplir con el fin de ser oponible a sus contrayentes y a los terceros ajenos a la relación documental, pero que de manera directa o indirecta pueden verse inmiscuidos y relacionados con la misma.

Los elementos arriba invocados de representatividad, movilidad, perdurabilidad, correcto contenido, fidelidad e inalterabilidad, son recogidos en los denominados "documentos privados", con la adición del elemento origen que vale señalar, que emanan de sus firmantes o contrayentes, y no de un funcionario ú órgano administrativo ó jurisdiccional.

La autenticidad, fecha cierta o identidad de los otorgantes, son elementos y características recogidos y aceptados en nuestra legislación para ciertos tipos de documentos privados pero de manera específica y no

general, y de manera formal son tratados por la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, a través de nuevas alternativas de control que serán materia de estudio en adelante.

Según la Ley venezolana que trata el tema del Mensaje de Datos, el mismo debe contener los siguientes requisitos para que tenga un tratamiento igual al de los documentos o mensajes escritos; a saber: accesibilidad, medio de uso, inteligibilidad, fiabilidad, integridad y capacidad de ser archivado o de consulta posterior.

Ahora bien, siendo austero y restrictivo en la aplicación e interpretación de los requisitos de Ley señalados anteriormente, para que el Mensaje de Datos reciba el mismo tratamiento que los documentos escritos, éstos se compaginan y se abrazan de manera fiel a los elementos ya señalados del género documental y, en especial, a los documentos privados en los cuales no se necesite la intervención de un funcionario para su formación.

Al respecto, de un análisis y resumen de los artículos de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas que indican los elementos de existencia, eficacia y validez del Mensaje de Datos, se observa:

1. La información contenida en un mensaje de datos susceptible de reproducción en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria que las copias o reproducciones fotostáticas. **Artículo 4°** de la Ley.
2. Cumplimiento de formalidades o solemnidades a través de los mecanismos dispuestos en la Ley. **Artículo 6°.**
3. Integridad e inalterabilidad del mensaje de datos a través de su conservación o archivo que garantice su disponibilidad. **Artículo 7°.**
4. La fidelidad de la autoría y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, dependerán de la capacidad de ulterior consulta del documento digital o mensaje de datos. **Artículo 8°.**

En fin, además de lo establecido en la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, referido a la analogía de tratamiento probatorio entre el documento escrito y el documento electrónico, tal y como lo indica el Artículo **4°** de la misma, podemos inferir y concluir que el mensaje de datos, llámese "documento electrónico ó digital", posee características y elementos similares a los encontrados en los documentos privados simples, ó aquellos instrumentos en donde la voluntad de las partes actuantes en ellos es independiente en su formación de un tercero en funciones administrativas o jurisdiccionales, ya que como lo señaláramos, el mensaje de datos o documento electrónico debe ser fidedigno, perdurable, inteligible, movible *per*

se o a través de otros medios, representativo, de correcto y concreto contenido, e inalterable.

C. DE LA REGULACIÓN DEL MENSAJE DE DATOS EN EL SISTEMA VENEZOLANO.

El Mensaje de Datos viene expresamente regulado en el Decreto Ley de fecha 10 de Febrero de 2.001 al cual hemos hecho referencia anteriormente.

Vale la pena reproducir los artículos que tratan la materia y que son los siguientes:

DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1.204, del 10 de Febrero de 2.001, SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS

CAPITULO I
AMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

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.

Definiciones.

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

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.

CAPITULO II
DE LOS MENSAJES DE DATOS

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.

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.

CAPITULO III
DE LA EMISIÓN Y RECEPCIÓN DE LOS MENSAJES DE DATOS

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..."

Los artículos anteriores son la base legal del sistema a aplicar en cuanto al tratamiento del Mensaje de Datos o Documento Electrónico en Venezuela; sin embargo, el documento electrónico ha sido mencionado en otras Leyes de actualidad que desarrollan el espíritu de la Ley especial de la materia, tal y como sucede en la Ley de Registro Público y del Notariado, la cual vale la pena mencionar:

DECRETO CON FUERZA DE LEY DE REGISTRO PÚBLICO Y DEL NOTARIADO

TITULO I

DEL REGISTRO PÚBLICO Y DEL NOTARIADO

CAPITULO I

Disposiciones Generales

"...Finalidad y medios electrónicos

Artículo 2°. Este decreto Ley tiene como finalidad garantizar la seguridad jurídica, la libertad contractual y el principio de legalidad de los actos o negocios jurídicos, bienes y derechos reales, mediante la automatización progresiva de sus procesos registrales y notariales.

Para el cumplimiento de las funciones registrales y notariales de las formalidades y solemnidades de los actos o negocios jurídicos, podrán aplicarse los mecanismos y la utilización de los medios electrónicos consagrados en la Ley.

Manejo electrónico

Artículo 4°... El proceso registral y notarial podrá ser llevado a cabo íntegramente a partir de un documento electrónico.

Firma electrónica

Artículo 5° La firma electrónica de los Registradores y Notarios tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa..."

También, recientemente fue promulgada la Ley contra Delitos Informáticos la cual hace referencia expresa al Mensaje de Datos y el tratamiento delictual a las alteraciones de los mismos.

LEY ESPECIAL CONTRA LOS DELITOS INFORMÁTICOS

TÍTULO I

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 cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías, en los términos previstos en esta ley.

Artículo 2

Definiciones. A los 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:

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 12

Falsificación de documentos. El que, a través de cualquier medio, cree, modifique o elimine un documento que se encuentre incorporado a un sistema que utilice tecnologías de información; o cree, modifique o elimine datos del mismo; o incorpore a dicho sistema un documento inexistente, será penado con prisión de tres a seis años y multa de trescientas a seiscientas unidades tributarias.

Cuando el agente hubiere actuado con el fin de procurar para sí o para otro algún tipo de beneficio, la pena se aumentará entre un tercio y la mitad

El aumento será de la mitad a dos tercios si del hecho resultare un perjuicio para otro.

Dado lo novedoso de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, no se han ventilado conflictos que hayan generado decisiones por parte del Tribunal Supremo de Justicia, con respecto al contenido o las

consecuencias legales de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas.

Sin embargo, los efectos de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas han sido incluidos en dos sentencias de fecha reciente como alegatos incidentales que vale la pena reproducir.

En fecha 19 de julio de 2.001, la Sala Constitucional, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, se pronunció acerca de la interposición de la acción de Amparo Constitucional a través del correo electrónico de la manera siguiente:

> "...Decidido lo anterior, corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente acción, la cual ha sido ejercida por medio del correo electrónico. Con tal propósito, se observa que en sentencia dictada el 9 de marzo de 2001, recaída en el caso OSWALDO ÁLVAREZ, esta Sala se refirió a esta vía de interposición del amparo, señalando lo siguiente:
>
> "Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio

novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley Nº 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.

Ahora bien, reza el artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales: *'La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta' (subrayado añadido)...".*

En el caso de autos, se observa que la acción de amparo a que se ha hecho referencia fue interpuesta por vía de Internet el 17 de mayo de 2001, y ha sido ratificada el 21 del mismo mes y año, dentro del lapso previsto en la ley, toda vez que lo fue en el primer día laborable al vencimiento del lapso ocurrido el 20 de mayo de 2001, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente de acuerdo al artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual esta Sala estima que los apoderados actores han cumplido con la carga que impone la norma ***supra*** transcrita, y así se decide..."

En un caso ventilado en la misma Sala Constitucional, en fecha 3 de agosto de 2.001, con ponencia del Magistrado Iván Rincón Urdaneta, al respecto de la fijación de las audiencias en las cuentas que aparecen en el sitio Web del Tribunal Supremo de Justicia, y la analogía del contenido de

dicha página electrónica con los mensajes de datos, el máximo Tribunal decidió al respecto:

> "...Las cuentas tienen similar finalidad a la atribuida a los libros diarios, en el sentido de que deben reflejar las actuaciones realizadas por la Sala, cada día, en los asuntos en curso, por lo que, igualmente, hacen fe de las menciones que contienen, de tal manera que si estas no reflejan una actuación, resulta lícito asumir que éstas no ocurrieron.
>
> De la lectura del artículo 2 de la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas puede colegirse que las Cuentas de esta Sala que aparecen publicadas en el sitio www.tsj.gov.ve constituyen mensajes de datos (*"Información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio."* Art. 2, 2° ap.) dentro de un sistema de información ("*Aquel utilizado para generar, procesar o archivar de cualquier forma mensajes de datos".* Art. 2, 10° ap.), y cuyo emisor es el Tribunal Supremo de Justicia, según pueden verificar los usuarios al encontrarse con la siguiente leyenda: "*Sitio Web diseñado y desarrollado por la Gerencia de Informática y Telecomunicaciones del Tribunal Supremo de Justicia.*"
>
> De conformidad con la antes nombrada Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, para que dichos mensajes tuvieran la misma validez de las cuentas deberían cumplir con los requisitos contemplados en el único aparte del artículo 6 y el artículo 8, requisitos que, al menos respecto de la firma electrónica, no se cumplen, por lo que no pueden *"hacer fe de las menciones que contienen".*

> Sin embargo, esta Sala no puede obviar que el sitio Web de este Máximo Tribunal ha sido concebido como *"un medio auxiliar de divulgación de su actividad judicial"* (s.S.C. nº 982, 06.06.2001), cuya finalidad es permitir el acceso de todos los ciudadanos a la administración de justicia, especialmente a aquellas personas que, como el demandante, viven en el interior de la República; finalidad que expresa este Máximo Tribunal al transcribir al pie de la presentación en pantalla del sitio Web el contenido del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo lo cual permite al público inferir lícitamente que la información que contiene, si bien no merecedora de fe pública, sí es fiel reflejo de las actuaciones del Máximo Tribunal, y no hay en la página alguna advertencia que desvirtúe tal conclusión, por demás lógica por parte del público usuario.
>
> De allí que esta Sala considere que, aun cuando las Cuentas publicadas en el sitio Web, no cumplen a cabalidad con los requisitos para hacer fe de las menciones que contienen, se presentan ante el público usuario de manera tal que les hacen merecedoras de confianza y no puede este Tribunal ignorar esa situación..."

Finalmente, no nos queda sino esperar la aplicación de los conceptos y el contenido de la Ley del Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas en el manejo diario y consuetudinario de las relaciones contractuales de los particulares, para que sea de manera principal y autónoma la revisión e indicación correcta de la aplicación de dicho texto normativo, a través de la

creación jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales, en cualquiera de sus instancias, y no a través del análisis referencial como lo expresado en las dos anteriores decisiones citadas.

D. EFICACIA PROBATORIA DEL MENSAJE DE DATOS Ó DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Es innegable que a través de la promulgación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, Venezuela cuenta con un instrumento que le permite el avance jurídico en materia de adaptación internacional a nuevas tecnologías.

Tanto la exposición de motivos de la mencionada ley como su contenido, pretendió otorgar una regulación a los mensajes de datos en cuanto a su eficacia probatoria se refiere, ya que, al mantener nuestra legislación un sistema probatorio casi taxativo en cuanto a los medios de prueba a utilizarse en el debate judicial, el legislador quiso evitar otorgarle al libre arbitrio del juez, la posibilidad de calificar o valorar los negocios jurídicos plasmados en formato digital en cuanto a su validez probatoria, lo que se puede traducir en que los medios de prueba según nuestra legislación pueden o no ser taxativos, pero las fuentes de esas pruebas no pueden serlo.

Es así como la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas expresamente en su artículo **4°** le otorga al mensaje de datos la misma eficacia probatoria que las leyes (en este caso el Código Civil) le otorgan a los documentos escritos; también de manera expresa en el último aparte del mencionado artículo, el legislador le otorgó a la información contenida en los mensajes de datos, reproducida en formato impreso, es decir, impresa en papel desde el computador, la misma eficacia probatoria que las leyes le otorgan a las copias simples o reproducciones fotostáticas, lo que significa, que tanto el mensaje de datos en sí, como la información contenida en el texto del mismo, tendrá efectos y valor probatorio frente a las partes intervinientes del negocio jurídico digital y frente a terceros, mientras que no sea impugnada, desvirtuada, desconocida, tachada de falsedad o contradicha a través de otros medios de prueba. Definitivamente, la intención del Legislador en cuanto a la analogía propuesta en la Ley de la eficacia probatoria del Mensaje de Datos, con la prueba documental, especialmente con la eficacia probatoria que se le otorga a las copias simples, fue darle cabida al "Principio de Prueba por Escrito" en lo que se refiere al Documento Electrónico.

También el legislador impuso a través de la redacción de la LMDFE, el principio de "Equivalencia Funcional" entre el mensaje datos y los

documentos escritos, de lo que se puede afirmar como lo dice **Raffalli, R** (2001, op cit) que *"...en Venezuela el mensaje de datos o documento electrónico equivale a una prueba por escrito."*

Sin embargo, en nuestro país hay que distinguir entre el valor probatorio que tienen las distintas especies de genero documental, más aún cuando la propia Ley de Mensaje de Datos aporta una especie de tercera clasificación documental al hacer referencia a *"...las copias o reproducciones fotostáticas."*

De acuerdo a un análisis del Código Civil, que consideramos aceptado por la mayoría de la doctrina, en Venezuela los documentos se dividen en **Documentos Públicos y Documentos Privados,** distinguiéndose los unos a los otros básicamente, en la intervención de un funcionario público para su formación y en la forma o modalidad para impugnar o desvirtuar su contenido.

Mientras que algunos de los instrumentos públicos requieren de un procedimiento de tacha de falsedad autónoma para verificar la falsedad de lo presenciado por el funcionario que interviene en su formación, siempre y cuando dicho funcionario goce de fe publica, los documentos privados admiten la contradicción de su contenido a través de cualquier otro medio de

prueba, que también es el caso de las llamadas copias o reproducciones fotostáticas.

Con respecto al documento publico y el control del mismo, se hace necesaria hacer la distinción entre autenticidad y fe publica, ya que todo documento publico es autentico, pero no todo documento publico goza de fe publica, todo dependerá de las facultades que posea el funcionario que interviene en su formación; y definitivamente el otorgamiento de dichas facultades, deviene de la Ley, mas aun cuando dependiendo de si se trata de autenticidad o de fe publica, la forma de impugnación o contradicción entre uno u otro es distinta.

Para entender la diferencia entre autenticidad y fe publica del documento, y la forma de impugnación dependiendo de cual se trate, se hace necesario incluir la opinión del profesor **Hernández Merlanti, L** (1.995. p. 307) quien expresa:

> "El desarrollo del concepto de fe publica nos ha servido para distinguirla de la autenticidad, al observar que el ordenamiento jurídico determina tal facultad, la de imprimir fe publica a ciertos y determinados funcionarios públicos por disposición del articulo 1.357 del Código Civil, tales como el Registrador y los Jueces, y a otros determinados por la Ley de Sellos, se les da la facultad única y exclusivamente de insuflar autenticidad a sus actos cuando se les permite documentarlos. Además, esta fe publica que nos ha permitido distinguirla de la

> autenticidad, se convierte en una calidad probatoria distinta de esta. Un envoltorio especial que protege la prueba documental, en el sentido de que los medios de impugnación o mecanismos para desvirtuar la prueba varían en uno u otro caso. Así, creemos que la fe publica únicamente puede ser atacada mediante las causales de tacha de falsedad instrumental consagradas en el articulo 1.380 del Código Civil, a través del procedimiento de tacha previsto en el Código de Procedimiento Civil y aplicable solamente a los documentos públicos negociales, mientras que la autenticidad, sostenemos, debe ser atacada con cualquier prueba en contrario."

A los efectos de acentuar aún más la distinción entre documento público y documento privado, y la eficacia probatoria de cada uno de ellos, para analizar la eficacia probatoria del mensaje de datos, me permito transcribir los artículos **1.357 y 1.363** del Código Civil que contienen la definición, elementos y características entre estas dos especies documentales:

> **Artículo 1.357:** "Instrumentos público o autentico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez y otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado"
>
> **Artículo 1.363:** "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."

De acuerdo a la análisis de los artículos anteriormente transcritos, se hace innegable asimilar al mensaje de datos o documento electrónico con la especie de "Documento Privado Simple", ya que en el mismo no interviene en su formación ningún funcionario que pueda otorgarle los requisitos de autenticidad, fecha cierta y buena fe, aún cuando la propia Ley de Mensajes de Datos, establece en capítulos apartes unas autoridades de certificación que estarán regidas por una Superintendencia Estatal que no se ha puesto en práctica, pero cuya finalidad va a ser autenticar la fidelidad de las firmas electrónicas de los particulares o de las aportadas o controladas a través de la certificación electrónica suplida por unos entes llamados "Proveedores de Servicios de Certificación". Es así que por mandato expreso de la Ley en referencia, podemos concluir que los mensajes de datos tienen la misma eficacia, fuerza o valor probatorio de los documentos privados puros y simples.

Lo que no debe dar lugar a dudas de acuerdo a la definición del mensaje de datos y de su tratamiento probatorio en la Ley, es que para que el mismo tenga la misma fuerza de probanza que el documento privado, debe demostrar que la información era cierta al ser insertada en formato digital, que la información no haya sido manipulada por las partes o por terceros, y fundamentalmente, que la información vertida en formato digital

es cierta, fidedigna, no manipulada, imparcial y que emana de los sujetos intervinientes en la formación del mensaje de datos.

Ahora bien, no se puede dejar de comentar que el último aparte del Artículo **4°** de la Ley LMDFE aborda lo relativo a al información contenida en un mensaje de datos reproducida en formato impreso, otorgándole el mismo valor probatorio del que tienen las copias o reproducciones fotostáticas simples. Consideramos que esta inclusión la realizó el legislador a los efectos del traslado al proceso del mensaje de datos, ya que evidentemente resulta más fácil imprimir un mensaje de datos o documento electrónico para acompañarlo al expediente, que trasladar hasta el tribunal un terminal de computación que contenga el formato original del mensaje de datos o practicar una experticia, pero en cuanto al valor o eficacia probatoria de la impresión del mensaje de datos asimilado al valor probatorio de las copias o reproducciones fotostáticas, de acuerdo a lo establecido al respecto en la norma contenida en el Código de Procedimiento Civil, las mismas se tendrán por fidedignas si no son expresamente desconocidas en la oportunidad a que haremos referencia más adelante cuando se trate el punto del control y la contradicción del mensaje de datos como medio de pruebas.

Por último, es meritorio resumir que luego de analizados los elementos del mensaje de datos con respecto al género documental venezolano, de

acuerdo a lo establecido en la LMDFE, la eficacia probatoria de los documentos electrónicos debe tener el mismo tratamiento aportado por el legislador a los documentos privados, lo que indica que los mensajes de datos tendrán validez frente a los sujetos intervinientes en la negociación jurídica plasmada en formato digital y definitivamente frente a terceros, pero su contenido podrá ser desvirtuado a través de cualquier otro medio de prueba.

E. FORMAS DE PROMOCIÓN, EVACUACIÓN Y CONTROL DEL MENSAJE DE DATOS.

Como indicáramos *supra*, si el mensaje de datos se imprime para ser trasladado al expediente procesal, su tratamiento y eficacia probatoria, será de manera análoga a lo establecido en la Ley para las copias o reproducciones fotostáticas.

Sin embargo y por mandato expreso de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas en su Artículo **4°**, el mensaje de datos que no sea impreso, pero que requiera ser acompañado al debate judicial, se promoverá, controlará, contradirá y evacuará conforme a lo dispuesto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil en su Artículo **395.** Consideramos que la inclusión en la Ley en estudio del aspecto o posibilidad de promoción y

control del documento electrónico a través de lo dispuesto en la norma adjetiva para los medios libres, es un error legislativo, ya que hemos venido desarrollando y explicando la analogía existente entre el Mensaje de Datos y el documento privado, los hemos adminiculado en cuanto a sus formas de promoción y control, entonces no nos queda duda, que el redactor de la LMDFE al incluir la posibilidad de promover y controlar el Mensaje de Datos a través de las formas establecidas para los medios de pruebas libres, solo quiso dejar lleno los extremos, de cuando se tratara del supuesto que el documento electrónico no pudiere llevarse al expediente plasmado en papel, y ante esa imposibilidad material, previno la alternativa de ser llevado al proceso apoyado en otros medios de prueba distintos al genero documental.

Se hace necesario tomar una posición firme al respecto de la forma de promoción y la forma de contradicción, impugnación y control del mensaje de datos de acuerdo a si se trate de un documento electrónico que se lleva a los autos a través de la impresión, o, si se trata de un documento electrónico que se pretende llevar al proceso a través de la figura del medio de prueba libre establecido en la LMDFE por analogía con el Artículo **395** del Código de Procedimiento Civil.

Consideramos claro y suficientemente desarrollado el punto de si el documento electrónico se imprime y se lleva al litigio mediante el soporte

escrito, esté tendrá y se le dará el tratamiento del documento privado simple, con las formas de promoción e impugnación previamente desarrolladas y comentadas.

Ahora bien, si el documento electrónico no se imprime y tomando en cuenta la disposición legislativa del articulo **4** de la LMDFE que indica que el mismo se promoverá, se evacuará y se impugnará a través de las disposiciones previstas para los medios libres, la situación se hace distinta, pues ya el documento electrónico deja de considerarse como documento en sentido genérico, y pasa a ser tratado como un medio meramente representativo cuyo contenido no es conocido inmediatamente de su promoción por el no promovente y por el Juez, sino que se hace necesario un acto del proceso subsiguiente para develar el contenido y sustrato del mismo.

Como ejemplo del comentario anterior podemos encontrarnos con que el Mensaje de datos o documento electrónico, se pretenda ser llevado al proceso en un diskette, disco compacto, o a través de una inspección en un terminal de computación, eso sí, siempre indicándole al Tribunal de que versan a fin de que pueda juzgarse su pertinencia. Si el promovente no hace alusión a lo que contiene el tipo de prueba llevado, cabe resaltar que ni el no promovente o el Juzgador, podrían conocer del contenido de dicho diskette o

lo que se encuentra inserto dentro de la memoria del terminal de computación.

De darse el caso en que el promovente le señala al tribunal la pertinencia del medio llevado, observamos que la forma de promoción será en el lapso previsto en la norma adjetiva para la promoción de todos los medios de pruebas, pero la impugnación deberá ser planteada por la parte contraria en el lapso previsto para la oposición a las pruebas, de manera preclusiva, dejándole al Juez la facultad de la admisión de dicho medio a tramite, pero necesariamente teniendo que indicar, si admite la prueba y la forma de su evacuación.

Si el promovente no advierte de la pertinencia del medio probatorio, y éste es admitido a trámite, la oportunidad de impugnación del mismo será sobrevenida en el momento de la evacuación, momento en el cual la parte a quien se le opone el medio podrá entender de que se trata y si desea cuestionarlo por falso o por tratarse que no emanó de él.

En los casos en que el documento electrónico se lleve impreso al proceso, los mensajes de datos se promoverán, evacuaran y controlarán de forma similar a los documentos, lo que indica que deben acompañarse a la demanda como instrumentos fundamentales sólo cuando de ellos se derive

la pretensión deducida, aplicando la analogía del instrumento privado, o en la promoción de pruebas, pero no podrán acompañarse hasta los informes ni en segunda instancia, pues resultaría contradictorio con lo dispuesto en el Artículo **520** *eiusdem*, que le da un tratamiento especial a los documentos públicos.

Al respecto, **Raffalli, R** (Op Cit) señala que: *"...la propia LMDFE establece el principio de equivalencia funcional entre el documento electrónico y el documento escrito; en consecuencia pareciera que lo más lógico será aplicar las normas sobre la prueba por escrito y más concretamente sobre el documento privado, a la promoción, contradicción, evacuación y control de los mensajes de datos..."*

De seguir los principios establecidos en la LMDFE de aplicar la analogía de control y contradicción entre los mensajes de datos y los documentos privados, entonces tenemos que admitir que las figuras idóneas establecidas en el Código de Procedimiento Civil para controlar a los mensajes de datos son: La tacha de falsedad establecida en el Artículo **443,** en concordancia con el artículo 1.381 del Código Civil, el desconocimiento o reconocimiento de los instrumentos que expresa el Artículo **444**, o la figura del cotejo reconocida en el Artículo **445** *eiusdem*.

Pero hay que tomar en cuenta según la LMDFE en el último aparte del Artículo **4**, que si el mensaje de datos se imprime, tendrá la eficacia probatoria de las copias o reproducciones fotostáticas cuyo tratamiento probatorio está regulado en el Artículo **429** del Código de Procedimiento Civil, el cual nos indica de manera expresa, que si el mensaje de datos impreso con análogo tratamiento a las copias o reproducciones fotostáticas no son impugnadas en la contestación de la demanda, cinco días después de producida la contestación de la demanda, o cinco días después de la promoción de pruebas, dichas copias o mensaje de datos impreso se tendrán como Fidedignas.

Por último, este Artículo también nos indica que las copias o el mensaje de datos impreso (bajo el mismo tratamiento de las copias) no tendrán valor alguno si se acompañan en cualquier otra oportunidad y no son aceptadas expresamente por la otra parte.

Al referirse expresamente la LMDFE que la promoción, control y contradicción del mensaje de datos se realizará conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil a las "Pruebas Libres", consideramos que se abre el camino para que el mensaje de datos -como medio de prueba- pueda ser llevado al expediente, además de forma escrita o impresa, a través de experticia, inspección judicial ó experimento judicial, ya que, se podrá

promover cualquiera de estas formas o medios probatorios para determinar el contenido, alcance o veracidad de lo plasmado en el documento electrónico.

De acuerdo a lo afirmado *supra*, cualquiera de las partes que le interese llevar al expediente un mensaje de datos, podrá solicitarle al Juez que se traslade y constituya en un lugar determinado donde exista un terminal de computación que contenga en su disco duro un mensaje de datos, y a través de una inspección asistida de expertos en computación, dejar constancia de los puntos que interesen determinar con respecto a un mensaje de datos, así como también podrá promoverse una experticia o una reproducción experimental del documento electrónico que quiere hacerse valer ante un eventual litigio.

Consideramos que a pesar que la LMDFE pareciera darle un tratamiento al mensaje de datos más análogamente con el género documental, y que dicho tratamiento sería el medio idóneo para llevar el documento electrónico al Tribunal, no puede dejarse por fuera cualquiera de las formas alternativas de promoción del documento digital a través de otros medios de prueba o pruebas libres como las señaladas experticia, inspección asistida de expertos o reproducción experimental.

CAPITULO II

LA FIRMA ELECTRONICA

A. DEFINICIÓN DE FIRMA ELECTRONICA.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas contiene en el Artículo **2°** su propia definición de lo que es la Firma Electrónica cuando dice:

> "**Artículo 2**. A los efectos del presente Decreto-Ley, se entenderá por:
> ... **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..."

Del análisis de esta definición legal hay que tomar en consideración tres (3) elementos de relevancia; a saber: a) es una información creada o utilizada por el creador o emisor del mensaje de datos; b) debe estar asociada al mensaje de datos y por lo tanto debe formar parte de su contenido; y, c) determina la autoría del mensaje de datos.

La tratadista española **Sanchiz C. C** (1.999, p. 93) define la firma electrónica como: *"cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adaptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las*

funciones características de la firma manuscrita". Esta definición además de tratar los elementos distintivos que trae la LMDFE en la definición de firma electrónica, trae un elemento adicional, que la firma electrónica cumpla las funciones características de la firma manuscrita, cuya interpretación no es más que otorgar plena autoría de quien está emanando el mensaje de datos.

Al respecto la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas en su Artículo **16°** regula lo relativo a la validez y eficacia probatoria de la firma electrónica o digital con la firma manuscrita, cuando ésta permita vincularse con el signatario o emisor y de manera inequívoca atribuir la autoría del mensaje.

Pues bien, la firma documental siempre ha tenido la intención de aceptar por parte del firmante lo manifestado en el escrito a suscribirse, además de otorgar la identificación o autoría de quien está emanando dicha manifestación documental. En el caso de la firma digital, esa intención de aceptar lo manifestado en el documento electrónico o mensaje digital y de atribuirle certeza de quien está emanando se repite, pero a través de métodos tecnológicos que se insertarán dentro del contenido del documento electrónico de manera de determinar la persona de quien emana dicho instrumento y que acepta todas las condiciones y consecuencias jurídicas de lo electrónicamente plasmado.

La Firma electrónica viene caracterizada por el uso de la criptografía, la cual consiste en el uso de claves asimétricas, relacionadas entre ellas y que se utilizan en el ámbito de la validación. La clave de la firma sólo la conoce su autor, quien envía al destinatario del mensaje la forma de desencriptar su firma, de manera que pueda reconocer y constatar que el mensaje proviene de él. Así, el mecanismo de la firma electrónica permite la identificación del autor del mensaje y garantiza la integridad del contenido.

El profesor Venezolano **Morles H. A** (2.001, p. 72) nos indica sobre esta doble función de la firma digital lo siguiente:

> *"La firma electrónica no solamente vincula a la persona con el mensaje de datos, sino que constituye una manifestación de voluntad de estar obligado. El enfoque de la firma electrónica es que la sustitución de la firma hológrafa, no solamente como identificatoria de la persona sino como una forma de manifestación de voluntad. Significa que la firma electrónica no es toda señal que en alguna forma pueda identificar adecuadamente al que envía un mensaje, sino es el que identifica al que envía un mensaje cuando éste está conviniendo en la celebración de un negocio jurídico."*

Observados estos dos elementos de identificación del suscriptor y aceptación de lo firmado electrónicamente, podemos inferir que la firma electrónica o digital se establece para evitar los problemas de autenticidad del mensaje de datos, aparece como un medio que consigue mayor

seguridad en el traspaso de información electrónica y, además, permite aseverar que el o los firmantes, están de acuerdo y aceptan que lo manifestado en el cuerpo y contenido del mensaje de datos una vez transmitido y recibido, generará obligaciones, derechos y consecuencias jurídicas para las partes intervinientes en el negocio originado en lenguaje digital.

DIAZ FRAILE, citado en su obra por **Mata y Martín. R** (2.001, p. 167) señala con respecto a las funciones de la firma digital "...que la misma permite establecer que con quien se contrate es quien dice ser (autenticación); avala que el mensaje que la contiene no ha sido modificado o alterado (integridad del mensaje); la firma electrónica impide que se acceda al mensaje sin consentimiento (confidencialidad y fidelidad), y hace que una vez aceptado el mensaje de datos firmado electrónicamente, el mismo no pueda ser rechazado sin que exista pacto en contrario o desistimiento de lo convenido...".

La firma autógrafa del documento escrito, en analogía a lo tratado con respecto al documento electrónico, indica la paternidad del mismo o la certeza de quien emana. Es una cuestión de identificación entre la rúbrica que aparece al pie del documento y la persona que realizó ese trazo, quien se supone es el firmante y obligado por el contenido del mismo. Podemos

también decir que la firma permite comprobar la autoría del documento, pues representa el signo gráfico que representa el nombre y apellido de una persona.

Ahora bien, antes de tratar el tema de la regulación de la firma electrónica en Venezuela, se hace importante determinar de manera general los mecanismos de impugnación que prevé la legislación venezolana para el acto de documentación el cual culmina cuando se estampa la firma de los contratantes, bien sea de manera privada, o ante un funcionario público.

Al respecto el Código Civil establece los supuestos específicos de la Tacha de Falsedad Documental, tanto para los instrumentos públicos, como para los documentos privados.

Entre las causales taxativas de tacha de falsedad de los documentos públicos en lo que se refiere a la firma de los mismos, establecidas en el Artículo 1.380 del Código Civil, vale la pena destacar:

1. La falsificación de la firma del funcionario público sin que éste haya intervenido en el acto de documentación.
2. La falsificación de la firma de cualquiera de los otorgantes.

Con respecto a la impugnación del acto de documentación de los documentos privados, el Artículo 1.381 ejusdem, en materia de tacha de falsedad establece:

1. La falsificación de las firmas de los contratantes.
2. El abuso de la firma en blanco de cualquiera de las partes

El maestro **Carnelutti, F** (1.944, pag. 508) expone al respecto de la firma autógrafa lo siguiente:

> *"...la experiencia no permite considerar que quien pone al final de un documento un signo cualquiera no idóneo para indicarlo, quiere confesarse autor suyo; pero tal idoneidad debe apreciarse en relación a las circunstancias y a la costumbre del firmante; entre estas circunstancias sobresale la existencia sobre el documento de otra indicación del autor, lo que en la practica de los negocios, consiste que la firma se haga mediante un rápido signo, con frecuencia no legible...*
>
> *...La autografía del texto o de la suscripción puede, sin embargo, demostrarse con toda clase de pruebas...asume aquí una importancia particular la comparación entre la escritura a verificar y otros escritos, cuya procedencia del autor indicado sea incontrovertida, al objeto de deducir de ella, según las reglas de la experiencia grafica, las semejanzas o las diferencias entre el carácter de una y el de la otra, y de esta manera llegar a la convicción de que se deben a la misma o a distinta mano..."*

B. REGULACIÓN DE LA FIRMA ELECTRÓNICA EN EL DERECHO VENEZOLANO.

Como bien tratáramos en el capítulo relativo a la regulación del Mensaje de Datos en el Derecho Venezolano, la Firma Electrónica o digital viene establecida en la Ley especial de la materia, es decir la Ley Sobre Mensaje de datos y Firmas Electrónicas, la cual con respecto a ésta indica:

DECRETO CON FUERZA DE LEY Nº 1.204, del 10 de Febrero de 2.001, SOBRE MENSAJES DE DATOS Y FIRMAS ELECTRÓNICAS

CAPITULO I
AMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

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.

Definiciones.

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

... **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.

CAPITULO IV
DE LAS FIRMAS ELECTRONICAS

Validez y eficacia de la Firma Electrónica. Requisitos.

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:

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

3. 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.

Efectos jurídicos. Sana critica.

Artículo 17. La Firma Electrónica que no cumpla con los requisitos señalados en el artículo anterior no tendrá los efectos jurídicos que se le atribuyen en el presente Capítulo, sin embargo, podrá constituir un elemento de convicción valorable conforme a las reglas de la sana crítica.

La certificación.

Artículo 18. La Firma Electrónica, debidamente certificada por un Proveedor de Servicios de Certificación conforme a lo establecido en este Decreto-Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados en el artículo 16.

Obligaciones del signatario.

Artículo 19. El Signatario de la Firma Electrónica tendrá las siguientes obligaciones:

1. Actuar con diligencia para evitar el uso no autorizado de su Firma Electrónica.
2. Notificar a su Proveedor de Servicios de Certificación que su Firma Electrónica ha sido controlada por terceros no autorizados o indebidamente utilizada, cuando tenga conocimiento de ello.
El Signatario que no cumpla con las obligaciones antes señaladas será responsable de las consecuencias del uso no autorizado de su Firma Electrónica..."
(Subrayado nuestro)

De igual manera la Firma Electrónica aparece mencionada tanto en la Ley de Registro Público y del Notariado, como en la Ley Contra Delitos Informáticos, texto reproducido en el capítulo relativo a la regulación del mensaje de datos en Venezuela, y que por ende damos por trascrito.

C. REQUISITOS DE LA FIRMA ELECTRÓNICA

De conformidad con lo establecido en el Artículo **16°** de la LMDFE, la Firma Electrónica o Digital debe cumplir con tres requisitos que se resumen a continuación: a) debe garantizar que los datos utilizados para su generación pueden producirse una sola vez, y asegurar su confidencialidad; b) debe ofrecer suficientes garantías de no ser falsificada o alterada a través de los avances tecnológicos, y c) la firma no debe alterar el contenido del mensaje de datos que la contiene asociada.

En la actualidad, las firmas digitales que se manejan de manera tecnológica, se corresponden con una serie de claves asimétricas de encriptamiento, las cuales son enviadas al destinatario del mensaje de datos, de manera que sea éste -y sólo éste- quien pueda abrir el mensaje de datos y especialmente la firma electrónica asociada, para que tenga la certeza del origen y autoría del mensaje. Encriptar significa, que los datos del mensaje son transformados de palabras legibles para todo lector, en "algoritmos" o

símbolos que son totalmente ilegibles para aquel que no posea la clave o llave para convertir dichos símbolos en lenguaje escrito e inteligible.

Barcelo R (2000, p.227) al respecto de la criptografía nos indica "que el objetivo de la criptografía es obtener el secreto de los datos...para ello en la criptografía los documentos se cifran y se descifran con una misma llave..."

Cuando la LMDFE establece que los datos utilizados para la creación de la firma puedan producirse "una sola vez", está determinando que esas claves encriptadas que sirven para formar la firma digital, no deben variar o ser distintas entre el autor y el receptor del mensaje, resulta análogo al tratamiento que se le da al firmante de un documento escrito, quien debe reconocer sólo una firma que lo identifique y no variar la forma en que de manera escrita coloca su signo distintivo al documento a suscribirse, para determinar ante cualquier persona o autoridad la fidelidad de la misma.

La Ley también requiere además del elemento de confiabilidad de los procedimientos para la generación de la firma electrónica, que la misma ofrezca seguridad para que no pueda ser alterada y que no altere la integridad del mensaje de datos. En estos momentos en que la tecnología digital avanza día a día a pasos vertiginosos, la única forma en que una firma electrónica no pueda ser copiada o falsificada, resultará de su cambio o

adecuación a las tecnologías de punta cada cierto tiempo, o que las firmas digitales sean manejadas por empresas o proveedores de servicios de certificación que ofrezcan los mecanismos necesarios para que estas gocen de una especie de "blindaje" tecnológico.

Por último y con respecto a los requisitos que establece la LMDFE en cuanto a la firma electrónica, establece el Artículo **18°** lo relativo a la certificación de la firma por medio de un proveedor de servicios de certificación, de que, aquellas firmas electrónicas que no agrupen los requisitos de fidelidad, inalterabilidad, y no alteración del mensaje de datos, serán suficientes que hayan sido certificadas por los organismos de certificación mencionados y tratados en el texto de la Ley.

D. EFICACIA PROBATORIA DE LA FIRMA ELECTRÓNICA O DIGITAL.

Con respecto a la eficacia probatoria de la firma digital, la LMDFE establece que la firma electrónica que reúna los requisitos establecidos en el Artículo **16°** y que además, permita vincular al emisor o signatario del mensaje de datos e identifique la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la otorgada por la Ley a la firma autógrafa, es decir, aquel mensaje de datos que tenga asociado una firma electrónica que permita determinar la autoría e identidad de las partes intervinientes en el

negocio jurídico, que garantice su confidencialidad e inalterabilidad por medios tecnológicos, que no altere la integridad del texto y contenido del mensaje o documento electrónico enviado, tendrá el mismo tratamiento que la Ley, en este caso el Código Civil, le otorga a los documentos públicos ó privados que han sido suscritos de puño y letra de manos de sus otorgantes, y en consecuencia podrán ser sometidos a las instituciones de control reguladas en la ley, tales como el "reconocimiento de instrumento" o el "cotejo de firma".

También establece la LMDFE que la Firma digital que no reúna los requisitos establecidos en el Artículo **16°,** carecerá de la eficacia probatoria establecida para la firma autógrafa, pero constituirá un elemento de convicción o indicio, valorable de acuerdo a las normas de la sana crítica aplicables por el juzgador, lo que indica, que en un proceso, el juez puede valorar la firma electrónica como una presunción de autoría, presunción que admite prueba en contrario, si la misma no llena los requisitos de ley, pero mediante otros elementos se puede determinar de quien emanó la mencionada firma digital. Es decir, que si la firma electrónica no llena los requisitos de ley, aun así, puede ser valorada por el juez a los efectos de determinar la autoría del documentos electrónico, siempre y cuando se promuevan o aporten, otros elementos que lleven al juzgador a la convicción del origen de dicha firma electrónica.

En el caso de la firma electrónica certificada por un proveedor de servicios de certificación, por el sólo hecho de estar certificada por un organismo que cumpla con esas funciones, la Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas resalta que debe dársele el tratamiento y la validez que la Ley le otorga a la firma manuscrita, en cuanto a la demostración de la autoría de la misma.

Ahora bien, como indicáramos supra, de acuerdo a la Ley, la firma electrónica podrá ser sometida a los mecanismos de control y contradicción establecidos para la firma autógrafa, tal y como son el reconocimiento o desconocimiento, la tacha de falsedad y el cotejo. Sin embargo, tratándose de materia electrónica, consideramos que el cotejo se tendrá que realizar no de la forma tradicional, sino a través de experticias tecnológicas que permitan demostrar la autenticidad, autoría y veracidad de una firma digital a través del uso consuetudinario del terminal de computador por quien se atribuye o no el uso de la firma, y si además esta persona firma electrónicamente sus mensajes de esa forma.

Mientras que la firma electrónica asociada a un mensaje de datos no sea desvirtuada, desconocida o tachada de falsa, otorgará a las partes intervinientes en el negocio jurídico y a los terceros, los mismos efectos de valor probatorio, que los otorgados por la Ley a los documentos, que en el

caso particular, debemos inferir, que tendrán los mismos efectos y validez que los otorgados a los documentos privados que contienen la firma autógrafa de los participantes en éstos.

CAPITULO III

CONCLUSIONES

Una de las partes mas difíciles de una investigación y con mayor responsabilidad para el autor de la misma, es la presentación de las conclusiones, pero ninguna investigación seria por más sencilla que sea, puede en manera alguna carecer de las mismas y es precisamente en atención de ello que a continuación se presentan las correspondientes a este trabajo.

El documento escrito tradicional tiene más de quinientos años arraigado en el uso y costumbres legales de la humanidad, resulta difícil a la práctica jurídica, dar el paso tecnológico de que los registros documentales de los negocios, puedan ser llevados a través del intercambio de información entre dos ó más terminales de computación, pero no imposible, y mucho menos dicho intercambio, carente de disposiciones que regulen las esfera de los derechos personales de las partes, que a través de la tecnología quieran realizar declaraciones que generen cargas y cumplimientos de obligaciones, como ha quedado demostrado a raíz de la promulgación de la Ley sobre Mensajes de datos y Firmas Electrónicas, que ha sido objeto de un análisis en la presente investigación.

La puesta en práctica de los postulados de la mencionada Ley, dependerá del buen uso que de ella hagan los particulares que en libre desenvolvimiento de sus voluntades, decidan realizar. Pero también dependerá de la sana aplicación que le otorguen los órganos jurisdiccionales ó administradores de justicia, quienes deben reconocer en el formato digital, prácticamente la misma validez que la tradicionalmente usada en el formato escrito.

La LMDFE definió de manera muy amplia al mensaje de datos; el espíritu del legislador debe interpretarse al mensaje de datos, como aquel capaz de generar derechos y obligaciones para y frente a sus actores, y frente a terceros, y no como aquel mensaje de datos que contiene una simple salutación o una manifestación del pensamiento. El verdadero mensaje de datos definido en la Ley es el documento electrónico, el cual debe cumplir con los requisitos y características del documento tradicional escrito, ya que debe bastarse a si mismo, debe ser perdurable, su autoría debe ser legítima y fiel, y debe ser inalterable, para que de esta forma pueda cumplir con el fin de ser oponible a sus contrayentes y a los terceros ajenos de la relación jurídica digital.

2. La LMDFE en su Artículo **4°** resultó de manera ambigua a los efectos de su interpretación y aplicación, ya que, por una parte, le otorga al

mensaje de datos la misma eficacia probatoria que la otorgada por Ley a los documentos escritos. En otro particular, define que las formas de promoción, evacuación, control y contradicción del mensaje de datos se realizará conforme a los previsto en las leyes de procedimiento para los medios de prueba libres; y por último considera que la información contenida en el mensaje de datos impresa desde el computador, se le dará el tratamiento probatorio análogo al otorgado en la ley procesal a las reproducciones fotostáticas. Estas tres bases de analogía con el documento escrito, control y contradicción de acuerdo a las pruebas libres, y eficacia probatoria común con las fotocopias o reproducciones fotostáticas, se contradicen de manera inequívoca al aplicar los principios probatorios determinados en la ley procesal, especialmente en el Código de Procedimiento Civil.

Al respecto se hace necesario determinar y concluir lo siguiente:

1. Cuando la LMDFE se refiere a la eficacia probatoria del mensaje de datos de manera símil al tratamiento de los documentos, necesariamente, el mensaje de datos debe asimilarse al "documento privado", ya que en ambos, no participa en su formación ningún funcionario público que posea las facultades de autenticación, fecha cierta ó buena fe. Por lo tanto, y de acuerdo a la LMDFE, el mensaje de

establecido en el Código de Procedimiento Civil tanto para los documentos privados, como para las pruebas libres, así en su momento u oportunidad procesal, como en las formas de impugnación de las reproducciones fotostáticas.

Entonces, cual será el correcto tratamiento del mensaje de datos o documento electrónico desde la óptica de su eficacia probatoria, forma y momento de promoción y evacuación probatoria, y mecanismos de control e impugnación? De manera personal no nos queda sino afirmar y concluir lo siguiente:

- El mensaje de datos o documento electrónico ó digital tiene la misma eficacia probatoria que el documento privado, es decir, su contenido genera derechos y obligaciones frente a las partes y es oponible frente a terceros, siempre que no sea desvirtuado mediante cualquier medio de prueba en contrario, medio de prueba que puede ser inclusive otro documento electrónico, siempre y cuando sea trasladado al proceso de manera expresa.
- El mensaje de datos debe producirse como documento fundamental, con el libelo, o dentro del lapso de promoción de

pruebas sino se acompañó a la demanda siempre y cuando se haya indicado en el libelo de demanda el lugar donde se encuentra de conformidad con lo establecido en los Artículos **429° y 434°** del Código de Procedimiento Civil. Después de estas oportunidades procesales, no se podrá hacer valer en juicio el mensaje de datos.

- La forma de trasladar al mensaje de datos al proceso puede ser bien a través de copias o reproducciones fotostáticas del documento electrónico, para lo cual se tendrán como fidedignas si no son impugnadas o desconocidas por la parte a quien se le están oponiendo, en la contestación de la demanda, dentro de los cinco días siguientes a la contestación de la demanda si son acompañados a ésta, o durante el lapso de promoción de pruebas, ó bien se puede trasladar el documento electrónico al expediente a través de los medios de pruebas libres tales como realizarle al equipo que lo contiene una inspección judicial con el auxilio de técnicos especialistas en la materia, de manera anticipada, para acompañarlos en la demanda o en la contestación, con la obligatoriedad de ratificación de dicha prueba durante la etapa probatoria del juicio, o de manera autónoma como prueba principal solicitada durante la etapa

probatoria para lo cual se abrirá un lapso de oposición en el cual se deberá demostrar la pertinencia de la prueba.

- También podemos afirmar que el documento electrónico se puede obtener a través de la prueba de informes, cuando los mismos se encuentren en equipos de computación que estén ubicados en oficinas o dependencias públicas o privadas.
- Consideramos que el mensaje de datos que no esté impreso se puede promover, evacuar y lograr su control y contradicción a través de lo denominado por el Código de Procedimiento Civil como "reproducciones, copias y experimentos" establecidos en dicho Código en los Artículos **502°** y siguientes, para lo cual el juez puede ordenar mediante técnicos especializados la revisión de uno o varios equipos de computación que contengan el documento electrónico a analizar, ó puede la parte llevar al expediente un diskette ó CD que contenga el mensaje de datos y el juez ordenar su reproducción y análisis a través de la tecnología.

Con respecto a la firma electrónica o digital la LMDFE le otorga la misma eficacia probatoria que a la firma manuscrita siempre que cumpla con los requisitos establecidos en el texto de la Ley, y ellos son: que permita

vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir la autoría a éste, que garantice su fidelidad y confidencialidad, que ofrezca garantías tecnológicas de no alteración o falsificación, y por último que no altere la integridad del documento electrónico.

La Ley también establece que la firma digital que no llene los requisitos señalados anteriormente, no tendrá la eficacia probatoria de la firma manuscrita, pero podrá ser considerada por el juez como un elemento de convicción al momento de ser analizada en la etapa sentencial.

Por último, la LMDFE establece que una firma digital que sea certificada por una institución con facultades de certificación de firmas electrónicas, como son los Proveedores de Servicios de Certificación, creados y regulados en la Ley, se considerará que cumple con los requisitos señalados anteriormente, y en consecuencia tendrá la validez y eficacia probatoria de la firma autógrafa.

Con la firma digital ocurre lo mismo que con el mensaje de datos en cuanto al avance tecnológico, es decir, las personas intervinientes en una relación contractual están acostumbradas a tener de frente a la persona con quien están contratando y negociando, de manera de tener la veracidad que quien está estampando su firma de manera autógrafa en el papel, es la

misma persona con quien se mantiene la negociación. Muchas veces las contrataciones tecnológicas no permiten conocer la identidad de la otra persona que se encuentra del otro lado de la conexión, y esto genera miedo y desconfianza en la contratación.

Precisamente, la firma digital se establece para evitar los problemas de autenticidad, fidelidad, confiabilidad y certeza del documento electrónico. Frente a los problemas de falta de identificación física de los actores, o de la vulnerabilidad de los documentos que viajan a través de la red tecnológica, la firma electrónica aparece como un medio que permite conseguir una mayor seguridad en el tráfico e intercambio de este tipo de documentación digital.

La firma digital o electrónica según la LMDFE debe cumplir ciertos requisitos que ya mencionáramos supra para que obtenga la misma eficacia probatoria de la firma autógrafa. Ahora bien, la firma electrónica debe formar parte del mensaje de datos sin que altere su contenido o propósito, o estar asociada a éste de manera inequívoca, lo que indica, que no tendrá validez la firma que se envíe de manera autónoma, muy diferente a que se envíe en una oportunidad distinta al envío del documento electrónico. La firma digital para que tenga validez debe ser un accesorio del mensaje de datos.

Surgen complicaciones desde el punto de vista práctico para el reconocimiento o desconocimiento de una firma digital. En materia documental simple, aquella persona que desconozca o niegue su firma, puede ésta ser sometida a experticias o cotejos de firmas manuscritas. Pasa lo mismo en materia digital? Consideramos que la puesta en práctica de la contratación tecnológica obligará a los contrincantes a promover en caso de negación o desconocimiento de una firma electrónica, de un "cotejo o experticia digital", en donde los expertos y especialistas en la materia le indicarán al juez, la proveniencia de la firma digital, el equipo que la originó y desde donde se distribuyó, la fiabilidad, fidelidad y posibilidades de alteración de la misma, y en consecuencia, la identificación de la persona física que la utilizó o colaboró en su creación y puesta en uso.

Cuando se implementen en Venezuela los Proveedores de Servicios de Certificación, con órganos autónomos capaces de crear, administrar, verificar, y facultados para autentificar las firmas digitales, como una especie de notarios digitales, la veracidad y autenticidad de las firmas digitales conseguirá mayores aspectos de confiabilidad y fidelidad, y podrán otorgarle mayores signos de confianza a los usuarios de contrataciones en redes informáticas de la identidad de los suscriptores de uno o múltiples acuerdos electrónicos.

Por último, consideramos que en esta innovadora materia de contratación electrónica a través de mensajes de datos con firmas digitales asociadas a éstos, el poder discrecional del Juez tendrá mucha importancia a los efectos de aplicar la Ley al caso en concreto, ya que el límite en la aplicación de los conceptos, requisitos, elementos, validez jurídica, eficacia probatoria y sana crítica necesarios para el ejercicio de la función sentencial, reside en el sometimiento del Estado a través de los órganos jurisdiccionales a la Ley especial de la materia, debiendo prestar atención al principio del libre albedrío de las partes en la forma y manera de manifestar sus voluntades, pero con el suficiente celo en que no se violen los principios al debido proceso, al derecho a la defensas y a la igualdad de las partes, de manera que la conducta impartida por el juzgador, no vaya a ser lesiva a los intereses y derechos de los particulares, ó peor aún, asiente malas prácticas en los juzgados en la aplicación y puesta en marcha de los postulados de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, cuyo principal fin, es el de otorgar seguridad jurídica a aquellas relaciones que en virtud del avance de la tecnología y el desarrollo de la informática deben ser adoptadas por Venezuela en la búsqueda del progreso.

El Legislador actual comprendió que el creciente empleo de técnicas de autenticación electrónica y de la formación de los contratos en sustitución de las firmas manuscritas sobre papeles impresos, como procedimientos tradicionales de negociación y de autenticación de los mismos, ha planteado

la necesidad de crear un marco jurídico específico para reducir la incertidumbre con respecto a las consecuencias jurídicas que puedan derivarse de las contrataciones y negociaciones electrónicas, ya que el intercambio de mensaje de datos con o sin firmas electrónicas asociadas a éstos, se ha difundido con notable rapidez en la negociación de operaciones comerciales tanto nacionales, como internacionales.

Desde el punto de vista jurídico esta revolución tecnológica ha significado el alcance de la meta de dotar de seguridad jurídica al tráfico de información, de negocios, de contrataciones y de intercambio de bienes y servicios. No es posible concebir el desarrollo de tecnología comercial digital, si no se provee de la adecuada legislación que brinde el normal y seguro desempeño de estas actividades. Sólo basta que los Tribunales comprendan y le den relevancia a lo entendido por el Legislador en esta materia tan especial.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. (2001). ***La Regulación del Comercio Electrónico en Venezuela*** (1ª ed., Vol. I.). Caracas: Anauco Ediciones C.A.

Cabrera, J. (1989). ***Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre***. Caracas. Editorial Jurídica Alva.

Carlino, B. (1998). ***Firma Digital y Derecho Societario Electrónico.*** Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.

Carnelutti, F. (1944). ***Sistema de Derecho Procesal Civil.*** Buenos Aires: Uteha Argentina.

Cubek, V. (2000). ***Condiciones Generales de la Contratación por Medios Electrónicos*** (1ª ed.). Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo

Código Civil de la República de Venezuela (1982). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 2990 (Extraordinario), Julio 26 de 1982.

Código de Procedimiento Civil (1986). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***. N° 3970 (Extraordinario), Marzo 13 de 1987.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Decreto con Fuerza de Ley Nro. 1.024 de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N° 37.148, Febrero 28 de 2001.

Ley de Registro Público y del Notariado. (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N°. 37.333, Noviembre 27 de 2001.

Ley Especial contra Delitos Informáticos. (2001). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***. N°. 37.313, Octubre 30 de 2001.

Martínez, A. (2000). ***Comercio Electrónico, Firma Digital y autoridades de Certificación*** (2ª ed.). España: Civitas Ediciones.

Mata Y Martín, R. (2001) ***Delincuencia Informática y Derecho Penal***. Madrid: Edisofer S.L. Libros Jurídicos.

Peñaranda, R. (2001). ***Iuscibernética: Interrelación entre el Derecho y la Informática.*** Maracaibo: FEDES.

Rengel-Romberg, A. (1992). ***Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*** (2ª ed. Vol. II). Caracas: Editorial Arte.

Revista de Derecho Probatorio. (1992). (Nro. 1). Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.

Revista de Derecho Probatorio. (1992). (Nro. 5). Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.