

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**LA TACHA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL
PROCESO CIVIL VENEZOLANO**

Trabajo Especial de Grado, para optar al
Grado de Especialista en Derecho Procesal

Autor: Migdalia Esther González

Tutor: Abg. Alix J. Rodríguez R.

Valencia, enero de 2008

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL**

**LA TACHA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL
PROCESO CIVIL VENEZOLANO**

Autor: Migdalia Esther González

Tutor: Abg. Alix J. Rodríguez R.

Valencia, enero de 2008

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

ACEPTACIÓN DEL ASESOR

Por la presente hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **MIGDALIA ESTHER GONZÁLEZ**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es **LA TACHA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO**; considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe

En la ciudad de Caracas, a los veintinueve (29) días del mes de enero de 2008.

Abg. Alix J. Rodríguez Rodríguez

C.I.: V-2.507.293

DEDICATORIA

A Dios, Padre Todopoderoso... por tanto amor manifestado de diversas maneras.

A mis hijos. Frutos del amor a la vida.

Migdalia

AGRADECIMIENTO

A Dios sobre todas las cosas.

A mis hijos. Teomar, Carlos y César. Por quienes todo esfuerzo se ve compensado con sus sonrisas y logros. Los amo.

A mis padres, quienes han dejado en mí el mejor de los legados, el estudio y la superación constante. Me siento orgullosa de ser su hija.

A la Universidad Católica Andrés Bello, por brindarme esta oportunidad de materializar una nueva conquista en mi vida.

A la Abg., Alix J. Rodríguez Rodríguez, Tutora de este Trabajo Especial de Grado. Por su apoyo y manifestaciones de amistad sincera.

A mis amigos Rubén, Lucy, Silvana, Carola, Argenis y aquellos que se me escapan en este momento; por mostrarme el valor de la amistad.

A todos mis más sinceras gracias...

Migdalia

ÍNDICE

ACEPTACIÓN DEL ASESOR	iii
RESUMEN	vii
CAPÍTULO	
I EL PROBLEMA	1
Planteamiento del Problema.....	1
Objetivos de la Investigación.....	5
General	
Específicos	
Justificación e Importancia.....	6
II DOCUMENTO	9
Concepto.....	9
III DOCUMENTO ELECTRÓNICO	17
Concepto.....	17
Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos.....	20
IV PRUEBA	24
Concepto.....	24
Naturaleza Jurídica de la Prueba.....	30
Clases de pruebas.....	32
Medios de Prueba Legales y Libres.....	34
Pruebas Simples y Pruebas Preconstituidas...	34
V TACHA	37
Concepto.....	37
CONCLUSIONES	43
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	58

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PROCESAL

**LA TACHA DEL DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN EL PROCESO
CIVIL VENEZOLANO**

Autor: Migdalia Esther González

Fecha: Enero, 2008

RESUMEN

El estudio de la tacha del documento electrónico en el proceso civil venezolano, está orientado al análisis de la figura de la tacha documental y la aplicación de los procesos periciales requeridos a los fines de determinar la falsedad o no del documento dubitado. La tacha, considerada como el medio probatorio, por excelencia, que permite restarle eficacia probatoria a los documentos y/o pruebas atípicas, se ubica en esta investigación para determinar los medios periciales aplicables en los documentos electrónicos para el procedimiento de tacha, empleando para ello el estudio legislativo; siendo éste el objetivo general del estudio planteado; requiriéndose ubicar como objetivos específicos, el establecimiento de las características del procedimiento de tacha de documentos; así como la identificación de los requisitos legislativos exigidos para la procedencia de la tacha documental en el proceso civil; para finalmente determinar el valor probatorio de los documentos electrónicos.

Descriptores: Tacha – Prueba – Documento – Documento electrónico.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

Planteamiento del Problema

Internet es una realidad social como también lo es el Derecho, aunque situados en planos distintos. Se concibe Internet como una red de uso social, a la que están conectadas otras redes de computadores; es un vehículo de información donde cada vez más, los juristas, como cualesquiera otros profesionales, empresas y particulares, deben volver su mirada por cuanto la navegación en la red de redes es de gran utilidad, cuando se sabe, de antemano, lo que se quiere encontrar en ella.

Por su parte, el Derecho, es una disciplina social tanto si se refiere a ella como conjunto de normas, o como la disciplina que las estudia, y, por supuesto, si desde una perspectiva menos elevada, se la considera como el objeto al cual, un buen número de profesionales, públicos y privados, dedican cotidianamente su actividad y con ello se ganan la vida, enfrentando, cada día la

abultada y complicada realidad jurídica.

El origen de la red de redes o inter-red, que significa Internet, es cívico-militar y estadounidense. En plena guerra fría, la preocupación de disponer de un sistema de comunicaciones que pudiera sobrevivir a la explosión de una bomba atómica desembocó en la creación de una red de computadores descentralizada, en la que los mensajes utilizan diversas rutas para viajar de un punto a otro. A esta primera red se fueron uniendo otras que fueron superponiendo sus propios intereses (científicas, académicas, comerciales), hasta convertirse en lo que es Internet en la actualidad: un entramado de computadores y redes conectados entre sí por medio de nodos o centros, que a su vez están conectados. Y un entramado de intereses igualmente diverso.

Por otro lado se ubica la tacha, considerado éste como el instrumento procesal por el cual se cuestiona a los testigos, documentos y pruebas atípicas. Dicha cuestión probatoria tiene por finalidad quitarle validez a las declaraciones testimoniales, o restarle eficacia probatoria a los documentos y/o pruebas atípicas.

Con respecto a la tacha de documentos, esta tiene por

finalidad restarle eficacia probatoria al documento mismo, mas no al acto jurídico contenido en él. Esto es, la tacha documentaria buscará que el documento no sea tenido en cuenta para probar la materia controvertida, ello se desprende de los artículos 242 y 243 del Código Procesal Civil.

De tales artículos también se puede deducir que las causales por las cuales se puede tachar un documento son: a) falsedad, y; b) la ausencia de una formalidad esencial que para el documento la ley prescribe bajo sanción de nulidad.

En consecuencia, no procederá tachar un documento por causales sustentadas en la nulidad o anulabilidad del acto jurídico, o en hechos de extemporaneidad o impertinencia de la prueba.

Por su parte Cabanellas (1981) considera que la falsedad es la inexactitud o malicia en las declaraciones y dichos. En tanto que, la falsificación es la adulteración o imitación de alguna cosa con finalidades de lucro o con cualquier otro propósito. Por ello, cuando se ha efectuado una falsificación se produce también una falsedad.

En tal sentido, un documento es falso cuando lo consignado

en él no concuerda con la realidad; por lo que un documento que contiene datos inexactos o es falsificado podrá ser tachado bajo la causal de falsedad.

Por ello, si la otra parte presenta como prueba un documento en el que se ha fingido la letra, firma o rúbrica del otorgante; aparecen personas que no intervinieron en el acto; se atribuye declaraciones o manifestaciones distintas a las hechas; se falta a la verdad en la narración de los hechos; se alteran las fechas verdaderas; el documento podrá ser tachado bajo la causal de falsedad.

La prueba de falsedad de un documento dependerá de la naturaleza del documento, es decir, si es público o privado. En efecto, la prueba para desvirtuar la eficacia probatoria de un documento público no será la misma que se utilice para tachar un documento privado o una copia simple.

Asimismo, la determinación de falsedad o falsificación de un documento, sea este público o privado, dependerá de la clase de proceso en el cual se ejerce la cuestión probatoria. Ello porque en los procesos de conocimiento y abreviado las tachas documentarias se acreditan con cualquier clase de prueba. Sin embargo, en los procesos sumarísimos y no contenciosos las

tachas se acreditan con pruebas de actuación inmediata.

Ahora bien, en los términos en los cuales se plantea el fundamento del proceso de tacha, y concatenándolo con los aspectos que caracterizan el documento electrónico, es necesario determinar cómo se pueden emplear los mecanismos periciales aplicados a los documentos electrónicos para establecer su eficacia probatoria en un determinado proceso judicial, en el cual se hubieren promovido documentos electrónicos.

Objetivos de la Investigación

Objetivo General

Determinar los medios periciales aplicables en los documentos electrónicos para el procedimiento de tacha mediante el estudio legislativo.

Objetivos Específicos

Establecer las características del procedimiento de tacha de documentos, a través de la consulta documental.

Identificar los requisitos legislativos exigidos para la

procedencia de la tacha documental en el proceso civil.

Determinar el valor probatorio de los documentos electrónicos, mediante el estudio de la legislación aplicable.

Justificación e Importancia

El objeto del juicio de falsedad es que se declare la certeza sobre un hecho y no de una relación jurídica, ya que la falsedad está dirigida al documento, que es representativo de la relación o el negocio jurídico que se representa, en definitiva, la tacha no obra en contra del negocio que se celebre sino contra el documento, razón por la cual no existe un conflicto entre las consecuencias que puede producir la declaratoria de nulidad y la declaratoria de falsedad.

La lógica que se deduce del procedimiento de tacha cuando se encuentra referida a la vía incidental, deduce que el instrumento debe ser objetado o atacado cuando aquel se presenta en el proceso y le es opuesto a una de las partes, surgiendo de esta manera la posibilidad de tachar el mismo y en la sustanciación existe un carga para la parte que presente el documento de insistir en la validez del mismo.

En los casos en que la parte que propugna la tacha es la misma que presenta el documento, trae como consecuencia, que aquella parte que no trae el documento tenga que insistir en la validez del mismo, ya que de lo contrario quedaría desechado el documento.

Precisamente para evitar esta situación es que el ordenamiento jurídico venezolano consagra la institución de la tacha para ser ejercida en forma principal donde las pretensiones del presentante del instrumento es producir la falsedad del mismo; en cambio opera la tacha por la vía incidental cuando se le opone un documento a la parte contraria para que lo reconozca o lo niegue, no en balde, el artículo 441 consagra la continuación de la incidencia de tacha cuando el presentante del instrumento manifiesta que insiste en hacerlo valer.

Estas y muchas otras son las situaciones que pudieran presentarse en litigios en donde son presentados documentos en donde cualquiera de las partes pretendan desvirtuar el valor probatorio del documento sobre el cual se fundamente la controversia o cualquier otro que pudiera dar fe sobre la veracidad de aquel.

En los casos en que pudieran ser presentados documentos

tramitados a través de medios electrónicos, es necesario tener instrumentos periciales que permitan su validez en juicio cuando son impugnados por ser falsos; de allí la importancia de conocer el proceso de tacha aplicable a este tipo de documento, toda vez que el principio que permite la apertura de este proceso es determinar la certeza sobre un hecho jurídico plasmado en un documento.

De igual manera se considera justificada la realización de la presente investigación, sobre la base de la importancia del conocimiento de herramientas jurídicas que, a través de trabajos de investigación, se brinden a los abogados y funcionarios judiciales, que permitan su orientación en la resolución de una situación determinada.

CAPÍTULO II

DOCUMENTO

Concepto

Canale, (1967) considera que los términos documento e instrumento, en muchas oportunidades se confunden, a pesar que:

Conceptualmente, difieren los términos documento instrumento, pese a que en el lenguaje legal se usan indistintamente. El distingo conceptual, ha sido bien señalado por la doctrina. En tal sentido documento sería el género y el instrumento una especie de aquél. Por ende en su amplia acepción debe entenderse por documento todo objeto susceptible de representar una determinada manifestación del pensamiento. Esta idea de representación material de hechos o cosas es del documento...Para el lenguaje procesal la alusión a documentos o instrumentos, es análoga en el sentido que todos ellos son admisibles como medio de prueba. Normalmente el documento sirve para representar hechos, sean jurídicos o no, pero deben tener relación o vinculación con los hechos litigiosos formativos de la relación procesal.

De allí que se haya dicho que no son documentos procesales los textos de las leyes o sus antecedentes. Es indiferente la naturaleza material del documento puede ser entonces un papel, tela, madera, metal, piedra, pizarra, cera, etcétera, también es indiferente con respecto a los instrumentos, la clase de tipos de escritura, con tal que sea comprensible o puede

hacerse comprensible. Indiferente también de la presentación de los tipos, es decir, que lo sea por imprenta, máquina de escribir o manuscritas; si con tinta, común o china, de color o negra, si con pluma, pincel o estilete. También es indiferente el idioma, pudiendo inclusive estarlo en una lengua muerta. Sintetizando: Documento, procesalmente hablando, consistiría tanto en, un escrito, como cualquier objeto que pueda proporcionarnos ciencia respecto de los hechos litigiosos, debiendo contener normalmente la virtualidad de ser”.

Pero el documento, ha sido tratado por diversos profesores, en el sentido que aclara Calvo Baca (1997), de la forma siguiente:

Escrito conque se avala, fundamenta o acredita algo. Según el Diccionario de la Lengua Española, la palabra "documento" significa diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente histórico...La doctrina nacional ha tenido la tendencia constante a considerar como documento sólo a los escritos. Para Dominici, Borjas y Feo, los documentos son únicamente los escritos. En efecto, para Dominici la prueba por escrito o prueba instrumental no es en, realidad sino la prueba de testigos preestablecida. La escritura es el testimonio de los hombres... cualquiera que sea el término empleado, es conveniente advertir que en el lenguaje del Derecho y de la jurisprudencia, documento, escritura, instrumentos, acto o título, vale decir, un escrito destinado a probar un hecho o negocio jurídico entre partes, y que fuera de eso, aquellos conceptos no se aplican sino por extensión como acontece en historia, economía, política, administración, etc. Afirma Borjas que instrumentos, documentos, títulos escritos y escrituras, son vocablos sinónimos en el lenguaje forense, y se entiende por tales, todo escrito en que se hace constar un hecho o una actuación cualquiera. Feo señala que documento es todo escrito en que se haya consignado algún acto; que <en lenguaje forense se

entiende por documento o instrumento todo escrito en que se hace constar una disposición o convenio, o cualquier otro hecho, para perpetuar su memoria y poderlo acreditar cuando convenga>. El Código Civil no trae una definición de escritura privada, por lo que Feo la conceptualiza así:...Documentos privados.- Pasemos ya a los documentos privados. Tenemos dicho que son los que otorgan las partes, con o sin testigos, y sin asistencia de ninguna autoridad capaz de darle autenticidad. Comprende pues, esta especie de documentos, los contratos privados entre partes, vales, pagarés y obligaciones, recibos, cartas de pago, finiquitos y cancelaciones de carácter privado...Como enseña Devis Echandía, el objeto del documento puede ser la representación del pensamiento de quien lo crea, como sucede en un libro o en una carta que se limite a expresar las opiniones del autor, sin describir cosa alguna. También puede representar los deseos del autor o su voluntad de ejecutar posteriormente un hecho, o sus sentimientos, como sucede frecuentemente en las cartas o papeles domésticos, por ejemplo, cuando en éstos se hace constar que se ama a una persona o se la odia, o se formulan promesas de matrimonio o de reconocimiento formal de un hijo natural, o se manifiestan deseos de ejecutar un acto criminal, etc. Devis Echandía, citando a Carnelutti, estableció que “el documento puede representar hechos pasados, presentes o futuros, sean actos humanos de quien los crea u otorga o de otras personas; o estados psíquicos, sentimientos humanos, simples deseos o pensamientos y conceptos”. Esos actos humanos pueden ser dispositivos, es decir, actos de voluntad con el propósito de producir determinados efectos jurídicos o declarativos de ciencia, esto es, de simple narración, sean de contenido testimonial o confesorio, según que sus efectos jurídicos perjudiquen o no al declarante. En cuanto a los materiales que sirven para representar o declarar, se debe decir que cualquiera puede ser apto para representar u ostentar la voluntad o el querer, llámese madera (como ocurre con las tarjas) o papel, tela, piedras, un muro, cintas grabadoras, películas fotográficas o cinematográficas, etc. La elaboración puede ser con tinta o lápiz o con pintura, con cincel, etc...”

Utilizando este último concepto de Devis Echandía, se abandona la postura de Montero Aroca, que según el derecho positivo español, no existe otra prueba documental que no sea la escrita, finalizando que "... es algo que hay que admitir guste o no guste", por supuesto que abandonó tal concepto en fecha reciente, en la forma siguiente:

... La LEC recoge como nuevos medios de prueba los instrumentos que sirven para la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, y los instrumentos que sirven para archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso (art. 299.2). Con la primera prueba, el legislador quiere que tengan cabida en el proceso civil directamente las películas, cintas de vídeo, casetes de grabación; con la segunda, los disquetes flexibles y discos duros de ordenador, los cd-roms y vd-roms, el correo electrónico, ficheros informatizados, así como cualquier otro medio técnico de estas características que en el futuro se pueda inventar.

Como pone de manifiesto Sanchis Crespo (2001), citando a Montero Aroca:

... aunque el proceso civil sea el reino del documento hay que reconocer que lo paradójico es que no se sabe con exactitud lo que es el documento o por lo menos que desde el punto de vista del derecho positivo no es fácil precisar las pruebas que deben incorporarse al proceso por el medio de prueba que se denomina documental.

El concepto de documento en doctrina, no es unánime

pudiendo reconocerse por lo menos tres posturas doctrinales, claramente determinadas. Las cuales pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- 1) Amplia
- 2) Restrictiva
- 3) Ecléctica o intermedia

La primera de las posturas arriba reseñadas, Azula Camacho (1998), concibe al documento como "... Cualquier objeto mueble que dentro del proceso pueda ser utilizado como prueba". Tal amplitud conceptual desvirtúa la esencia del documento, ya que confunde una de sus cualidades o características, con su concepto; en efecto no todo objeto mueble que puede ser utilizado en el proceso como prueba es un documento, así por ejemplo, la constatación de un hecho, vía inspección judicial o por vía de peritaje, se plasma en un documento, pero no es una prueba documental en si misma y ello queda demostrado, por cuanto las reglas de valoración de testimoniales, posiciones juradas o las documentales, son diferentes, a pesar de que todas, sin excepción, quedan plasmadas en un escrito o documento y, por ello tienen naturaleza mueble. Con lo anterior se demuestra que la nota de movilidad, no puede erigirse en su

centro conceptual.

La postura restrictiva, es aquella que sólo atiende al sentido literal de la Ley, desconociendo principios rectores del Derecho moderno, como aquel que enseña que toda norma debe ser interpretada, por cuanto el adagio *in claris non fit interpretatio*, puede llegar a ser aberrante para el fin justicia, que preconiza el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Desde otro punto de vista, el sentido de documento previsto por las leyes, ha de variar para incorporar a su concepto, otros que la ciencia y el progreso del hombre, van haciendo necesarios.

Es así como el Código de Comercio, calcado en el modelo italiano de 1865, prescribe para los libros de los comerciantes unas formalidades necesarias, que sin ellas, los libros, supuestamente carecen de valor probatorio, no obstante la Ley de Bancos y Otros Institutos de Crédito, pauta que tales instituciones pueden llevar su contabilidad computarizada.

Por su parte, la Ley de Caja de Valores, en su artículo 29 también plantea esa posibilidad, aún cuando dicha Ley, va mas

allá según dice Muci Fachin (1999), quien se expresa así:

La tecnología también ha propiciado cambios en lo que respecta al soporte documental de los Valores y eso ya ha sido recogido en nuestra legislación nacional. Con la entrada en vigor de la Ley de Valores y con la entrada en vigencia de la reforma de la Ley de Mercado de Capitales, en nuestro ordenamiento jurídico ahora coexisten dos sistemas de emisión de títulos Valores. A saber, el sistema regido por nuestro Código de Comercio, que se fundamenta en que los títulos Valores tienen como soporte un documento y un sistema complementario... que proclama la <desmaterialización> de los títulos Valores. Esto permite la eliminación total del soporte documental y de la firma autógrafa (eliminación física del título o documento) y sus sustitución por un registro electrónico en las cuentas o subcuentas que maneja la respectiva Caja de Valores...la novísima Ley de mercado de Capitales reitera, que hoy día coexisten en nuestro sistema legal dos sistemas de representación para la emisión de Valores, considerándose, por tanto, legalmente como título valor no sólo a aquellos títulos representados en papel sino también a los que estén en soporte distinto como Valores registrados en las cuentas de las Cajas de Valores...Ahora bien, la inclusión de este nuevo sistema conlleva a la ruptura con principios legales y doctrinarios que han caracterizado desde tiempos remotos a los Títulos Valores, como por ejemplo lo es la existencia de su base material...A la luz del nuevo sistema, a nuestro juicio, ni la firma autógrafa, ni el soporte documental, ni la entrega física del título, son imprescindibles para la creación de un derecho, como aquel que pudiera estar contenido o representado por un título Valor (verbigracia, en un bono o en una obligación), o para la transferencia de ese derecho a terceros...

Existe, sin embargo, una postura intermedia que goza de apoyos tanto jurisprudencial como doctrinal y que considera como documento, todo objeto material representativo de un

hecho de interés para el proceso, representación que puede obtenerse bien mediante el método tradicional de la escritura, bien mediante los modernos medios reproductivos, como la fotografía, la cinematografía, las cintas de video, los discos compactos y cualesquiera otros similares.

Lo importante no es tanto la grafía como la representación. En esta misma línea se expresaba Monton, citado por Bello Lozano (1979), hace más de veinte años, para quien el concepto de documento sería:

...Aquel elemento consistente en un objeto material sobre el que se reproducen hechos o pensamientos bien por escrito, bien en forma de imágenes o sonidos, que es capaz de representar por sí mismo los datos que en él se contienen y que puede aportarse físicamente ante los jueces o tribunales...

La concepción del documento como objeto fundamentalmente representador, fue defendida en su momento por Calamandrei (1973) para quien el documento no era sólo una cosa, sino una cosa representativa, o sea capaz de representar un hecho. De tal modo que la representación de un hecho constituía, a su modo de ver, la nota esencial del concepto de documento. Dentro de este panorama doctrinal, la última de las posiciones expuestas, es la que parece más razonable.

CAPÍTULO III DOCUMENTO ELECTRÓNICO

Concepto

El concepto de documento, que ha manejado la doctrina, es coincidente con el expuesto por Vilorio Pérez (1999), en ponencia presentada en el I.E.S.A., en la cual expuso:

Tradicionalmente, el concepto de documento se ha venido identificando como "escrito", es decir, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje. Sin embargo, acogiéndonos a la definición amplia del documento, como "cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado", debemos concluir en que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos, pues, en ellos se recogen expresiones del pensamiento humano o de un hecho, incorporándolos a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinados hechos.

En igual sentido, es emblemática la Jurisprudencia de la Extinta Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, al establecer:

...Así ocurrió históricamente con la fotografía, la

cual hizo su entrada en el mundo cultural moderno por primera vez, por obra de Talbot en el año 1847; y aunque la fotografía no estaba contemplada entre los medios legales, fue admitida por la jurisprudencia como documento representativo, a tal punto que, como recuerda Carnelutti, las disputas, las incertidumbres, que surgieron hace decenas de años en la doctrina del proceso, tienen hoy el sabor de la curiosidad

Es interesante observar como venia siendo tratada la fotografía en países en los cuales ese medio de prueba no figuraba en el elenco de los medios legales admisibles en juicio.

La fotografía de una casa -enseña Carnelutti- es sin duda un documento, porque la fotografía y la casa son dos hechos diversos. Una diferencia menos destacada, pero desde luego fácilmente apreciable -continúa el maestro italiano- media cuando el hecho representado sea un hecho humano, siempre que lo realice persona distinta de la que forma el documento: si fotografió o describió un acto de Ticio, la fotografía o la escritura no deja duda acerca de la cualidad de documento, precisamente porque el hecho de Ticio, por ser realizado por Ticio y no por mí, es diverso del hecho mío...

Para llevar a cabo la elaboración de un nuevo concepto de documento, donde tenga cabida el de documento electrónico resulta imprescindible examinar en primer lugar los argumentos que se esgrimen en su contra.

Frente a la concepción de documento que se define surgen dos obstáculos, de un lado la interpretación literal de las Leyes, que constituye una aparente barrera legal, y por otra parte la falta de fidelidad y perdurabilidad que se les atribuye a los

nuevos documentos así concebidos.

Efectivamente y como se ha manifestado, el concepto de documento según el derecho positivo es inequívocamente un concepto de documento que lo identifica con el escrito en soporte papel.

La cuestión radica en saber si el escollo que supone la interpretación literal de la legalidad vigente es o no salvable. Para ello se debe tener en cuenta que el examen y significación de la ley no obedece solamente a un análisis exclusivamente gramatical y que se debe interpretar por el método axiológico-teleológico, o el sociológico, para lograr la modernización del concepto que como el documento, tienen antigua data.

Con ayuda de ellos la interpretación puede ser diversa y en consecuencia, el alcance que deba dársele al vocablo documento puede ser más amplio que el tradicional, sin que ello suponga una desviación de la ley.

En este sentido Serra, citado por Sanchis Crespo (1999), manifiesta lo siguiente:

Una cosa son los conceptos dogmáticos y otra muy distinta la regulación positiva y si bien nuestro Código

Civil y nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no podían lógicamente hacer referencia a los modernos medios reproductivos, y sus preceptos se refieren exclusivamente al único medio de reproducción usual en su época, la escritura, ello no significa que cualquier avance técnico exija la regulación de un nuevo medio probatorio, sino más sencillamente que la doctrina y la jurisprudencia deben intentar adaptar dichos nuevos medios reproductivos a las leyes vigentes mientras éstas no sean objeto de la necesaria adaptación.

El anterior concepto, no es sino la adopción del criterio teleológico, para definir y conceptualizar el documento, ya que de esa forma se lo reduce a sus elementos esenciales; en efecto, si se asume la postura de ver al documento como un objeto de representación de cosas o personas, donde para su elaboración intervinieron seres humanos y específicamente el autor de la representación, mediante el uso de un lenguaje (esta palabra se utiliza en el sentido de ser apta para transmitir ideas o hechos, presente, pasados o futuros) legible directa o indirectamente, se estará en presencia de un documento-escritura.

Valor Probatorio de los Documentos Electrónicos

La tesis expuesta por Borjas sobre la contabilidad y el telex, fue para su época, premonitoria; no obstante, dio origen a una práctica, cual era la de hacer sellar por los Jueces y/o registradores Mercantiles, hojas de forma continua en blanco, para ser destinadas a los diferentes libros, Diario, Mayor e

Inventario, al igual que a los auxiliares de contabilidad; pero lo cierto es, que la nota que el Juez o Registrador deben poner en la primera hoja de forma continua, su foliatura y sello, no estaba destinada a ningún libro en especial, ya que este, simplemente no existía; sino que se elaboraría al finalizar el ejercicio y cerrar el libro de que se trate.

La técnica sugerida por Borjas puede perfeccionarse aplicando analógicamente las normas referidas al registro de libros; para lo cual, el Ejecutivo Nacional, deberá designar los Registros Mercantiles, que por su importancia, deberán aplicar la técnica de mecanización informática, aperturándose el libro en hoja especial, destinada al efecto, dejando constancia en la carátula que no contiene folio alguno, lo que garantiza, que a pesar de la mutabilidad del sistema informático, los asientos no serán alterados y por lo demás, siempre es posible auditar un sistema contable mecanizado para saber si ha sufrido alteraciones.

Aquellos que no permitan una auditoria del sistema, no pueden ser apreciados como prueba contable típica, por carecer del elemento básico, del no repudio, mientras que los sistemas sujetos a auditorias, son fácilmente apreciables como pruebas,

por contener el mencionado requisito.

Por otra parte, si bien es cierto que el Legislador solicita como requisito que el Libro Contable, sea sellado antes de hacerse asientos en él; no lo es menos, que tal exigencia, sólo es así, para garantizar, la publicidad y fe públicas, que se supone otorga el registro al Libro de que se trate. Pero en materia de contabilidad mecanizada, ello se obtiene, registrando en forma previa o conjunta con los libros, en el Registro Mercantil correspondiente, el sistema y una constancia de poder ser auditado, expedida por el Administrador del Sistema; aparte de aperturar los libros conforme a la aplicación analógica de la norma y luego sellando, año tras año, o mes tras mes, los diferentes Libros contables ya terminados, de esta forma, por lo menos con los asientos de los libros terminados, no habrá dudas sobre su fiabilidad, por lo que podrán usarse como medio probatorio típico.

No se debe olvidar que actualmente, existen una serie de Leyes, que permiten la contabilidad mecanizada, así por ejemplo, la Ley de Bancos y Otros Institutos de Crédito, la Ley de Seguros y Reaseguros, la Ley de Caja de Valores, son permisivas en esta catadura. Tales leyes, llevan a concluir que con fundamento

en la presunción de Buena fe y el principio de Igualdad previsto en la Constitución, todo comerciante, está habilitado para llevar su contabilidad mecanizada, ya que de otra forma las leyes mencionadas, estarían creando un desigualdad odiosa e inconstitucional y tal contabilidad, por ser emanada de comerciantes, gozan de la llamada excepción de archivo comercial, proveniente del principio de la Buena Fe Mercantil aunado al principio de la presunción de inocencia, trasladado al campo contable-mercantil.

CAPÍTULO IV

PRUEBA

Concepto

Para llegar a conocer el significado de la noción de prueba es preciso, como paso previo, determinar el sentido etimológico de esta palabra. Calamandrei (1973); considera que prueba deriva del término latín probatio, probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa bueno. Por tanto, lo que resulta probado es bueno, se ajusta a la realidad, y probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

Pero el lenguaje corriente enseña que el término prueba se utiliza, también, como equivalente a ensayo o experimento. Sin embargo, en realidad, la actividad probatoria es siempre posterior al ensayo o experimento. Este último tiene como finalidad el permitir realizar una afirmación en relación a la cosa ensayada, pero tras el ensayo hay que probar, es decir, hay que verificar la exactitud de la afirmación formulada. Así, por ejemplo, si mediante el ensayo se observa el buen

funcionamiento de una máquina o de un instrumento determinado ello permitirá afirmar que la misma funciona, pero después tendrá que ser probado y, por tanto, verificar la exactitud de esta afirmación.

En definitiva, se puede llegar, por tanto, a la conclusión de que en el uso corriente del lenguaje, probar significa comprobar, verificar. En este sentido Carnelutti (1968) señalaba que el término probar se usa en el lenguaje común como "...comprobación de la verdad de una proposición..." y, por tanto, la prueba es la comprobación de las afirmaciones.

De todas formas, como ya apuntaba el propio Carnelutti (1968), en el lenguaje común con el término probar o prueba se designa no sólo la comprobación sino, asimismo, el procedimiento o actividad utilizada para dicha comprobación, produciéndose así un cambio entre resultado y procedimiento o actividad.

Ahora bien, abordando la prueba como actividad humana: su carácter metajurídico; se puede decir que uno de los primeros errores que se cometen al emprender el estudio de la prueba en el proceso, es tratar de analizar el fenómeno probatorio como si fuera exclusivo del Derecho Procesal. La prueba como

comprobación o verificación de la exactitud de una afirmación no es una actividad que se realice exclusivamente en el campo del Derecho sino que es, ante todo, una actividad del ser humano que tiene aplicación en otras ciencias extrajurídicas, e incluso, en la vida cotidiana. Es una actividad que se produce en todas las facetas o áreas en donde se desenvuelve la personalidad humana. Tiene, por consiguiente, un carácter metajurídico o extrajurídico. La noción de prueba trasciende, por tanto, el campo del Derecho.

Desde esta perspectiva algunos autores distinguen entre la denominada prueba social y la prueba jurídica. En este sentido, tal distinción sólo tendría validez si no implica, a su vez, una diversidad en cuanto a la esencia o naturaleza de la prueba, que es siempre la misma. Lo característico de la prueba jurídica es que en ella los procedimientos, mecanismos y medios a través de los cuales se desarrolla la actividad probatoria, en el seno de un proceso, vienen determinados y regulados por las leyes.

Primeramente y ante todo, la prueba, como idea, es un juicio de necesidad; es decir, una necesidad intelectual del ser humano, como sujeto cognoscente. La prueba se presenta como la necesidad de comprobar, de verificar todo objeto de

conocimiento. Díaz de León, citado por Azula Camacho, J. (1998) dice que la prueba se traduce en la "... necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso".

En la doctrina española, Sanchis Crespo (1999), partiendo de esta consideración de la prueba como actividad humana y atendiendo a su propia dinámica, la configura como una actividad de comparación. Según este autor "... probar consiste en verificar la exactitud de una afirmación mediante su comparación con otra encontrada por diversos cauces".

Otros autores prefieren hablar de la prueba como actividad de verificación. Esta postura es defendida, entre otros, por Sentís Melendo (1998), Eisner (2000) y Díaz de León (2003). Para el primero de estos autores la prueba consiste en acreditar que aquello que se sabe y, por tanto, se afirma, corresponde exactamente a la realidad.

Sin embargo, ambas posturas son perfectamente conciliables, toda vez que la verificación en que consiste la prueba se traduce, en la práctica, en una comparación como acertadamente puntualiza Serra citado por Sanchis Crespo (1999). Queda, por tanto, perfectamente delimitada la naturaleza

de la prueba en general.

La prueba, por tanto, es algo distinto de la averiguación o investigación; para probar es necesario previamente investigar, averiguar, indagar. La averiguación es siempre anterior en el tiempo a la prueba; se investigan y averiguan unos hechos para poder realizar afirmaciones en torno a los mismos, y una vez hechas tales afirmaciones es cuando tiene lugar la prueba de las mismas, es decir, la verificación de su exactitud. Se ve como siendo necesaria tal investigación, la misma no forma parte del fenómeno probatorio.

Esta opinión, sin embargo, no es compartida por algunos autores como Calamdrei, P. (1973) para quien la prueba, en su acepción común, equivale tanto a la operación tendente a hallar algo incierto, como la destinada a demostrar la verdad de algo que se afirma como cierto. Se entiende que esta posición incide en un error al comprender en la noción de prueba dos actividades distintas: la actividad de averiguación y la de verificación de lo previamente averiguado; debiéndose reservar el término prueba para esta última actividad, lo cual tiene una evidente trascendencia para una correcta conceptualización de la prueba procesal.

En este sentido Devis Echandía (1981) afirmaba que la administración de justicia sería imposible sin la prueba. Por su parte, Várela (1999) declara, de forma rotunda, que sin la existencia de la prueba el orden jurídico sucumbiría a la ley del más fuerte, dado que no sería posible la solución de ningún conflicto en forma racional.

Su importancia se pone de manifiesto en relación a dos puntos fundamentales. En primer lugar, en relación a la propia eficacia de los derechos materiales, que gráficamente se puede expresar utilizando el viejo adagio: “tanto vale no tener un derecho, cuanto no poder probarlo”.

En segundo lugar, la prueba se presenta como el necesario y adecuado instrumento a través del cual el Juez, en el marco del proceso, entra en contacto con la realidad extraprocesal.

Es difícil de imaginar un proceso en el que no se haya practicado ningún tipo de actividad probatoria. La prueba aparece así como eje fundamental de todo proceso. Se ha llegado incluso a afirmar que sin prueba no hay proceso.

Naturaleza Jurídica de la Prueba

La prueba, como herramienta procesal, presenta características propias que son englobadas en el concepto que emite Parrilli (1997), quien considera que las pruebas:

... son los actos jurídicos procesales en que intervienen las partes y el juez, en su pretensión de buscar las causas o explicaciones que conduzcan a esclarecer los hechos para proporcionar al juzgador una verdadera convicción sobre esos acontecimientos, permitiéndole decidir, a través del raciocinio, el conflicto que se ha desarrollado en el proceso (p. 12)

Tomando en cuenta esta premisa se puede señalar la importancia de lo que es el medio de prueba y su forma de evacuación en el proceso, ya que es a través de ellas que las partes van a corroborar sus alegatos en juicios y son ellas las que van a dirigir al sentenciador a la verdad de los hechos para una decisión justa y diligente.

Las pruebas en la legislación venezolana son clasificadas en libres y legales, (aunque como dicen varios doctrinarios todas ellas son legales porque si no, no se emplearían como medio de prueba), esta clasificación viene dada en razón de que existen pruebas taxativamente señaladas y desarrolladas en las leyes en Venezuela, donde el legislador no se limita a nombrarlas si no

que explica como es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar, pero también existen otras clases de pruebas que en el marco de las facultades del juez es él quien debe ordenar su evacuación bajo su respectiva supervisión o a través de la supervisión de otro funcionario que pueda dar fe de los hechos sucedidos, tal como es el caso del Fiscal así como lo establece la Ley de Salvaguarda, las cuales por ende son desarrolladas dentro del proceso.

Considera Bastidas (2003), que dada la importancia de la prueba, el legislador le proveyó a las partes un medio de pruebas libres las cuales podrían ser traídas al proceso por ellas siempre y cuando estas respeten los principios constitucionales y los del derecho probatorio, donde estas clase de pruebas debían de ser eficaces por su pertinencia, consentidas por la ley y por su puestos legales o legítimas. Donde el juez con base al Código de Procedimiento Civil tendría la facultad de dirigir su reproducción en el proceso. Esto siempre en pro de la búsqueda de la verdad que solucione la controversia traída a la jurisdicción para que esta, en el ejercicio de sus facultades, imparta justicia.

Todo lo anterior sustentado por los principios de necesidad

de la prueba, en el sentido de que al juez se le pueda proporcionar todos los recursos suficientes para que este pueda tener la convicción y así dictar sentencia.

Esos medios de pruebas libres ya anteriormente nombrados, según Carneluti (1973), surgen como una brecha en la proporción de suficientes medios probatorios para las partes ya que con la evolución del mundo tecnológico de hoy, existen creaciones novedosas que podían servir por el transcurrir del tiempo en instrumentos de pruebas.

Clases de pruebas

Para Chiovenda (1936), los medios de prueba son los aportes que hacen las partes al proceso, a través de los instrumentos que la ley otorga para trasladar hechos del mundo de lo cotidiano al expediente, de manera que se puedan verificar las afirmaciones de las partes o se pueda fijar una situación fáctica que existe o ha existido; constituyen entonces, de una o otra manera, todo aquel elemento que sirve para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado.

Hay que señalar, la distinción entre la Prueba y los Medios

de Prueba, ambos conceptos aunque adherentes uno del otro, difieren en cuanto a su alcance y desde el punto de vista de la exactitud del significado. Así, para Calamandrei (1986), los Medios de Prueba son los recursos utilizados por las partes y el Juez, para demostrar los hechos que alegan a través de los métodos que consideren pertinentes para llevar al conocimiento del Juez la prueba, dentro de las previsiones de la ley. Pruebas son las razones que esgrimen las partes o que el Juez extrae directamente de los hechos, las cuales, mediante la aplicación de ese discernimiento, llevan a la convicción del juzgador el verdadero estado o situación de las cosas sometidas a su decisión.

Es de hacer notar la diferencia que existe entre Fuentes y Medios de Prueba, según la cual, será Fuente de prueba todo aquello que tenga significación probatoria y que sea preexistente al proceso e independientemente del mismo. Y será Medio de Prueba, el acto de incorporación de esos hechos al proceso. En principio, la elección de los Medios de Prueba es facultativa privativa de los litigantes salvo que la ley exija una prueba determinada o que medie una prohibición expresa. La determinación de los medios de Prueba mientras no exista arbitrariedad que impida la producción de la que es admisible o

pertinente, es facultad del Juez de la causa.

Medios de Prueba Legales y Libres

La doctrina ha hecho una clasificación de los Medios de Prueba en Legales y Libres, a pesar de que en la realidad todos son legales. En este sentido considera Parilli (1997), manifiesta:

Se entenderá como Legales, aquellos que están expresamente previstos en las leyes, y ello trae como consecuencia fundamental el hecho que su capacidad conductiva de hechos al proceso, es indiscutible.

En contraposición a los medios de prueba legales, surge la noción de Medios Libres, que se caracterizan por no estar contemplados expresamente en alguna Ley, y que sin embargo, son utilizados para llevar hechos al proceso, y ello permite el Código de Procedimiento Civil en el Artículo 395. (p. 22)

En efecto, el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, permite a las partes en un juicio, proponer cualquier medio de prueba que considere conducente a la demostración de sus pretensiones, siempre que no esté expresamente prohibido por la Ley.

Pruebas Simples y Pruebas Preconstituidas

La Prueba Simple, es la prueba por excelencia, porque se constituye y se forma dentro de un proceso para poder garantizar

el control de la prueba de la contraparte, e incluso para que el Juez pueda dirigir la formación de esa Prueba, es por lo que se dice que la prueba simple permite una doble garantía. Para ese control por la contraparte y dirección por parte de Juez sobre la Prueba simple, se dice además que ella, solamente es valorable dentro del proceso en que nace, y que por tanto, no puede producirse en un proceso diferente al que existe contra la otra parte.

Carnelutti (1973), considera que la Prueba Preconstituida, es la que nace antes del proceso, fuera del proceso y sin orden ni intervención del Juez. Aquí el control de la Prueba es posible pero “a posteriori”. Pues, como su formación ha ocurrido fuera del proceso, sólo es posible el control ulterior. Sin embargo, ella adquiere de forma inmediata un valor preestablecido por la ley, y por ello se dice que la prueba preconstituida “entra probando al proceso”.

Considera Devis (1981), que los métodos determinativos de los medios de pruebas utilizados en las diversas legislaciones varían según la adopción, bien sea del sistema de la taxatividad de los Medios de Prueba establecidos en las Leyes o bien mediante la adopción del sistema de la libertad de prueba o

Prueba Libre, el cual se fundamenta en la autonomía de las partes para utilizar cualquier medio de prueba no reñido con la moralidad o la ley.

El Sistema seguido por la legislación venezolana en cuanto a los medios de prueba debe considerarse mixto, en virtud de que el dispositivo legal señala que las partes podrán valerse, además de los medios de prueba establecidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y otras Leyes de la República, de cualquier otro medio prohibido expresamente por la Ley.

CAPÍTULO V

TACHA

Concepto

La Tacha de falsedad es el medio de defensa para destruir total o parcialmente la eficacia probatoria de un Documento desde el punto de vista Material o Intelectual.

Para Carrasquero, R. (2006), las fases del proceso de tacha son:

a. Catalogación: Consiste en catalogar dentro de las posibilidades que ofrece la legislación civil

1. Tacha de Documentos Públicos; tal y como lo menciona el Artículo 1.380 del Código Civil

2. Tacha de Documentos Privados: Artículo 1.381 del Código Civil

Al ser determinado el tipo de documento a ser tachado de falso (Privado o Público) se debe saber que tipo de falsedad

presenta Ideológica o Material.

Cuando se considera si es Ideológica; es necesario pensar que son todas aquellas que se realizan sobre elementos inmateriales del documento (falso testimonio, falsa testación ante funcionario público, etc...) con lo cual se estaría tomando en consideración los ordinales 3, 4 ,5 y 6 del artículo 1.380 del Código Civil y ordinal 2º del artículo 1.381 del Código Civil. La falsedad ideológica se debe probar con los medios idóneos adecuados y suficientes permitidos por la ley (testigos, documental, entre otros medios probatorios). Muchas de las falsedades Ideológicas pueden ser comprobadas con los mismos medios que las Falsificaciones Materiales.

Por su parte la falsedad radica en un aspecto Material; se está frente a la situación aquella en que se causan alteraciones materiales tales que cambian total o parcialmente los elementos fundamentales del documento. La falsedad material se encuentra señalada en todos los ordinales de los artículos 1.380 y 1.381 del Código Civil.

b. Identificación de Indicios de Falsedad: Además de la declaración de los afectados de la falsedad se deberán observar indicios materiales de falsificación en el caso de los ordinales 1,

2, 3, del artículo 1.380 del Código Civil y ordinal 1 del artículo 1381 del Código Civil la principal fuente de indicios corresponden a las personas a las que se supone se le forjó o imitó las firmas, otra fuente de indicio es el examen pericial extra-litis realizado por un experto.

En estos casos de falsedad material se practicará la comparación de las características generales y particulares de los movimientos escriturales de la firma debitada (de la cual se duda su autenticidad) contra los propios de las firmas indubitadas (de la cual se tiene certeza de su autenticidad) a este examen se le conoce como Experticia de Cotejo.

En el caso del ordinal 4, del artículo 1.380 se deberá acudir a una fuente tal como la declaración de los afectados, la prueba documental en contrario a lo declarado en el documento objeto de tacha (es el caso propio de la falsedad intelectual). En el caso de los ordinales 5, del artículo 1.380 del Código Civil y ordinal 3° del artículo 1.381 del mismo Código los principales indicios corresponden a borraduras, tintas de diferentes tonalidades de color, el uso de diferentes máquinas de escribir en el cuerpo del texto a diferentes niveles los cuales rompen la línea base horizontal de el escrito, remarcajes, tachaduras entre otros.

En estos casos de falsedad material se deberá promover el Examen de Pericial de documentos dejando en libertad a los expertos de usar los métodos que consideren adecuados y señalar el objetivo que se desea demostrar (la alteración).

En el caso del ordinal 6°, del artículo 1.380 se deberá acudir a una fuente tal como la declaración de los afectados, la prueba documental en contrario a lo declarado en el documento objeto de tacha (es el caso propio de la falsedad intelectual) Aunque en ciertos casos se puede probar por medio de experticia; no existe método adecuado para determinar la edad relativa de un documento, aunque factores internos y externos del mismo pueden aclarar la situación en cuanto a la temporalidad.

En el caso del ordinal 3°, del artículo 1.381 se deberá acudir a una fuente tal como la declaración de los afectados, el examen a ser aplicado corresponde al Experticia de Documentos para dilucidar si es posible determinar si se está en presencia de un agregado posterior al estampado de la firma.

c. La promoción de los análisis periciales. Una vez se determine sea necesario iniciar un proceso de tacha por falsedad material se promoverá la experticia correspondiente, dejando a los expertos la libertad de realizar los estudios adecuados

indicando lo que se persigue con el examen pericial siempre desde el punto de vista técnico y no de derecho.

Por el principio dispositivo es muy importante dejar el camino abierto al experto para que utilice técnicas y emplee equipos de su conocimiento.

4. Pericial: una vez promovidos los exámenes periciales y designados los expertos la prueba pasa a ser de ambas partes en el proceso (principio de comunidad de pruebas) de ahí el legislador ha establecido una oportunidad para que las partes se reúnan con los expertos quienes ya juramentados son auxiliares de justicia, y por escrito se sirvan a hacer las observaciones de hecho mas no de derecho que tengan a bien hacer a los expertos, estas observaciones pueden ser para dar luz a los expertos sobre lo que se desea se destaque en los exámenes periciales.

5. Valoración: Realizada por los expertos las labores periciales conjuntas, y terminada su misión emitirán su dictamen, el cual deberá contener los requisitos mínimos permitidos al igual que sus conclusiones; de este dictamen se servirán las partes para:

a) Hacerlo valer y lograr sea decretada la falsedad documental

b) Impugnarlo ya que el dictamen es contentivo de operaciones inadecuadas, insuficientes, de imposible realización etc.

c) Destruir su validez por impertinente, ineficacia o su incapacidad probatoria es decir que nada resuelva en la litis.

CONCLUSIONES

A los efectos de conservar la unidad metodológica del presente estudio, se impone que las diferentes soluciones problemáticas que se expongan, guarden relación con los objetivos específicos planteados en el Planteamiento del Problema de la presente investigación.

Como conclusión debe señalarse en primer lugar, que la conceptualización del documento electrónico en la legislación venezolana, viene dado, no sólo por las sentencias emanadas del Tribunal Supremo de Justicia, sobre las pruebas técnicas y la de Sala Constitucional; sino por las opiniones de los doctrinantes citados a lo largo del presente estudio, que demuestran que el documento electrónico, es tal, en tanto y en cuanto, es representativo de cosas, presentes, pasadas y futuras, que pueden ser llevadas a juicio, sin importar su lenguaje, que en el caso concreto, sólo es legible por un computador; erigiéndose el lenguaje de los “bits”, en el Esperanto moderno.

Con lo anterior se concluye que no existiendo en el Derecho Venezolano, una definición escritural del Documento ni de la

firma, nada obsta para que uno y otro, puedan asimilar los conceptos expuestos a lo largo de la presente investigación y, por consiguiente, tanto el documento electrónico, como la firma digital, sean considerados dentro de los conceptos tradicionales.

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

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

2. El problema de la valoración de la prueba es diferente al de su admisión, siendo válido el aserto del doctrinante Rengel Romberg en el sentido de que:

La credibilidad de la prueba, no es, pues, un prius que deba afirmar el promovente a los fines de su admisibilidad, sino que resulta a posteriori, de la valoración de las pruebas aportadas en la etapa de instrucción. (p. 345)

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

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

...Tratándose de medios de prueba libres, los cuales obviamente, no tienen en la ley una determinación formal cuya infracción pueda afectar su legalidad, ésta se gobierna por los principios de libertad y de analogía con los medios legales, a menos que el medio elegido por la parte se encuentre expresamente prohibido por la ley, o que resulte violatorio del orden público, de la moral o de las buenas costumbres (Art. 11 C.P.C) o de alguno de los derechos y garantías constitucionales o de aquellos inherentes a la persona humana, asegurados por la Constitución (Arts. 46 y 50 CN), que son principios fundamentales del orden jurídico y social venezolano y será una labor importante y delicada de la jurisprudencia, determinar con prudencia la legalidad de dichos medios, sin menoscabar ni violentar la garantía de la defensa y la eficacia del contradictorio, ni caer en una interpretación estrecha de los mismos, que coloque al juez de espaldas al progreso técnico y científico de nuestro tiempo, o a la intención del legislador. (p. 342)

5. Por último en palabras de la extinta Corte Suprema de Justicia, se extrae que:

... la autenticidad y la credibilidad son conceptos distintos, ya que la primera es objeto de impugnación, y la segunda, es un concepto que atañe la convicción del Juzgador, que se expresa en la sentencia...

Se demostró que no es necesario una firma cual sucede con la contabilidad, extensamente tratada, pero siéndolo, no cabe la menor duda de que no necesariamente debe estar hecha en

forma manuscrita, sino que es aquella, que valiéndose de la criptografía o la biometría con la utilización de cifrado asimétrico se vincula al firmante exclusivamente, siendo capaz de identificarlo de tal forma, que si los datos son alterados, queda invalidada la firma y por último, fue creada de un modo o por un medio, que está bajo el exclusivo control del firmante, o bajo su guarda.

Dado que el concepto firma no está definida por la legislación, cual se dijo supra, resulta claro que su configuración, puede alcanzar los extremos arriba reseñados, utilizando la teoría de la equivalencia funcional.

Demostrar que los conceptos de integridad, no repudio, autenticidad y la excepción de archivo comercial, son conceptos jurídicos incardinables en el derecho continental, por ser principios de lógica jurídica.

En tercer lugar, debe recordarse que en capítulo anterior se demostró, y por ende constituye una conclusión de la presente investigación, que la firma no hace del documento de que se trate una prueba mejor, logrando establecer que la Excepción de Archivo Comercial, la Integridad, la Autenticación y la figura esencial del No Repudio, son conceptos lógicos jurídicos,

incardinables dentro de la teoría probatoria, por intermedio de la sana crítica o como simple razonamiento lógico del juez.

Un elemento que introduce la Ley Modelo Uncitral, como principio igualmente lógico, es el de la equivalencia funcional, que es definido y explicado por González (2000) de la forma siguiente:

La Ley Modelo se basa en el reconocimiento de que los requisitos legales que prescriben el empleo de la documentación tradicional con soporte de papel constituyen el principal obstáculo para el desarrollo de medios modernos de comunicación. En la preparación de la Ley Modelo se estudió la posibilidad de abordar los impedimentos al empleo del comercio electrónico creados por esos requisitos ampliando el alcance de conceptos como los de "escrito", "firma" y "original" con miras a dar entrada al empleo de técnicas basadas en la informática... Así pues, la Ley Modelo sigue un nuevo criterio, denominado a veces "criterio del equivalente funcional", basado en un análisis de los objetivos y funciones del requisito tradicional de la presentación de un escrito consignado sobre papel con miras a determinar la manera de satisfacer sus objetivos y funciones con técnicas del llamado comercio electrónico. Por ejemplo, ese documento de papel cumple funciones como las siguientes: proporcionar un documento legible para todos; asegurar la inalterabilidad de un documento a lo largo del tiempo; permitir la reproducción de un documento a fin de que cada una de las partes disponga de un ejemplar del mismo escrito; permitir la autenticación de los datos consignados suscribiéndolos con una firma; y proporcionar una forma aceptable para la presentación de un escrito ante las autoridades públicas y los tribunales. Cabe señalar que, respecto de todas esas funciones, la documentación consignada por medios electrónicos puede ofrecer un grado de seguridad

equivalente al del papel y, en la mayoría de los casos, mucha mayor fiabilidad y rapidez, especialmente respecto de la determinación del origen y del contenido de los datos, con tal que se observen ciertos requisitos técnicos y jurídicos... (Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico)

Esta equivalencia funcional permite la identificación del documento en soporte papel, con el documento en soporte informático y luego, permite equiparar la firma manuscrita a la firma digital, que eran los dos escollos esenciales para lograr la valoración del documento electrónico, como documento privado.

En este sentido, ebe decirse que en un mundo globalizado, como en el que se vive, lo ideal es la unificación de los procedimientos, no sólo dentro del ordenamiento interno, sino que dichos procedimientos, sean de aplicación universal, generándose una moderna Lex Mercatoria.

En cuanto al fondo del tema, se concluye que por lo que al derecho respecta, el Intercambio Electrónico de Datos, es un procedimiento que se realiza de un computador o de un sistema a otro, por Intermedio de Protocolos de Comunicación y que puede asumir variadas formas, en las cuales las empresas y particulares, participarán en la denominada Sociedad de la Información:

- 1) Mediante la contratación electrónica;
- 2) Mediante la transferencia electrónica de fondos;
- 3) Mediante el Correo Electrónico;
- 4) Mediante el uso de modelos estandarizados, para casi cualquier actividad (verbigracia: en ventas) y
- 5) Mediante la facturación electrónica y transferencia de fondos.

Ante estos medios de difusión, que pueden transmitir formas jurídicas o no, la legislación venezolana no ha adoptado posición y, tal circunstancia, lejos de ser perjudicial, se cree beneficiará la Institución, ya que vendrán una serie de sentencias que irán conformando un cuerpo jurisprudencial, fortaleciendo el instituto por cuanto no será impuesto desde arriba, sino que deberá moldearse primero en los cánones jurisprudenciales, garantizando así su permanencia.

Por otra parte, siendo una institución de tan rápido cambio, someterla a la camisa de fuerza de la ley es evitar su florecimiento; y, de considerarse necesario una Ley de Comercio Electrónico o de Firma Digital ello detendrá el desarrollo espontáneo de la institución, corriéndose el riesgo de generar una que no sea tecnológicamente neutra, en virtud de afiliarse a

algún elemento técnico que pronto se demuestre obsoleto.

Dentro de la tesitura anterior, se debe generar la forma de valoración de ciertas pruebas informatizadas, comenzando por las de mayor difusión y riesgo aparente, como es el correo electrónico.

El e-mail debe considerarse al igual que la correspondencia, con raigambre constitucional desde el punto de vista de su protección; considerando que en efecto, al constituir una forma epistolar electrónica, su equivalencia funcional no presenta lugar a dudas, tomando en cuenta que en países como Estados Unidos, Argentina y Francia, se han presentado diversos casos sobre el tema, recordando que fue citado en capítulos anteriores el caso Yahoo, el cual se convirtió en el primer precedente judicial sobre correo electrónico, planteándose casos diferentes en Argentina y Francia.

De esta forma queda claro que el tan difundido e-mail de hoy es un medio idóneo, certero y veloz para enviar y recibir todo tipo de mensajes, misivas, fotografías, archivos completos, etc., ampliando la gama de posibilidades que brindaba el correo tradicional. El usuario que tiene acceso al nuevo sistema del correo electrónico, posee características de protección de la

privacidad mas acentuadas que la vía postal a la que se está acostumbrado, ya que para su funcionamiento se requiere un prestador del servicio, el nombre del usuario y un código de acceso que impide a terceros extraños la intromisión en los datos que a través del mismo pueden emitirse o archivarse.

Y el riesgo que representa un montaje, o una interferencia durante el trasiego telemático de los correos electrónicos, se minimizan en su máxima expresión con ciertos programas o software existentes ya a nivel comercial, generadores de encriptación y, que en la práctica funcionan como depositarios especializados, como es el caso del Zix Mail, que además de encriptar, funciona como una empresa verificadora de la entrega del correo electrónico, siendo en la práctica una Entidad de Certificación.

En efecto, el Zix Mail funciona como si se colocase en sobre, una postal, codificando y decodificando su texto, autenticando tanto al remitente como al destinatario y estableciendo la hora exacta en que el mensaje fue enviado y recibido, pudiendo dejar constancia de su recepción.

En tal sentido, la correspondencia y todo lo que por su conducto pueda ser transmitido o receptado, goza de la misma

protección que quiso darle el legislador al incluir los artículos, tanto constitucionales como legales sobre correspondencia, inclusive el delito de violación de la misma.

Otra Conclusión de gran importancia es que las llamadas Entidades de Certificación, no son sino una sub especie de Depósito, por lo que nada obsta en Venezuela para, utilizar esta figura contractual a los efectos de otorgar integridad, autenticación y confidencialidad, generando por vía de consecuencia, el tan requerido No Repudio, en todo tipo de trasiego telemático.

Con la anterior propuesta, no será necesario la creación de una legislación, para regular los Mensajes Electrónicos, teniendo la ventaja que el Depositario responde inclusive, por culpa levísima, conservándose la desregulación en la Internet, que constituye la aspiración de todo internauta, legislando únicamente para proteger ciertos derechos básicos, sobre todo los relativos a la privacidad, que con los avances tecnológicos, están seriamente amenazados.

En el marco de las observaciones anteriores, se debe analizar el valor probatorio del documento electrónico en general, sea contrato o no, utilizando el concepto de la

equivalencia funcional, se comentan las disposiciones legales, que guardan relación con el problema.

Se debe comenzar diciendo, que al conceptualizar el trasiego telemático, como documento, debe equiparárselo al privado, excepto la recomendación de Lege Ferenda hecha en capítulo anterior en convertir a las Cajas de Valores en Entidades de Certificación y por esta vía, obtener un documento público electrónico; pero salvo esa posibilidad, el documento electrónico será privado y siéndolo, debe estar firmado, conforme pauta el artículo 1.368 del Código Civil, además de establecer en él la cantidad escrita en letras y números.

Se dejó establecido que la firma bien podía ser digital, utilizando el principio o teoría de la equivalencia funcional y presentada en juicio, la parte contra quien se opone, o bien conviene en ella, desconoce la firma, o si se trata de herederos y causahabientes, simplemente declara no conocer la firma de su causante.

En los dos últimos supuestos se impone al promovente, efectuar un cotejo y para ello se debe encontrar un documento indubitado enviado por el emisor del mensaje.

Este documento indubitado puede ser, uno enviado con fecha anterior a un tercero que a los efectos de esta investigación se ha denominado “Depositario” a quien se remite el mensaje para su custodia y ante un eventual litigio entre las partes, declararía en juicio, sujeto al contra interrogatorio sobre el documento de que se trate. Además de efectuarse un peritaje para determinar si el mensaje fue enviado por el emisor al receptor.

En efecto, como quiera que el mensaje electrónico pasa a través de una serie de servidores, que son quienes prestan el servicio de mensajería, bien puede suceder que haciendo un peritaje en el servidor se obtenga de éste, el mensaje íntegro de que se trate, con lo cual quedaría probada su autenticidad e integridad y por vía de consecuencia, generaría el no repudio.

Cabe agregar que una vez realizado el peritaje del emisor, se hace necesario hacerlo con relación al receptor, por cuanto los mensajes electrónicos no viajan unidos, si no que se disgregan en múltiples partes que son transmitidas en forma independiente, uniéndose en el servidor que preste el servicio de mensajería al receptor, quien al bajar el mensaje de que se trate, deja un rastro en dicho servidor que puede ser objeto de peritaje

y por supuesto, en ambos casos se hace necesario hacer el peritaje sobre las computadoras del emisor y receptor respectivamente.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, la prueba en cuestión, si bien aparenta ser compleja, es un peritaje típico en materia de mensajería informática, con lo cual, de no existir un tercero depositario del mensaje y firma de que se trate, la forma reseñada llevará al juez el elemento necesario de convicción para tomar su decisión, la cual por supuesto, debe estar aunada a los otros elementos del proceso, que bien puede ser un informe rendido por la empresa que preste el servicio de mensajería, donde manifieste que las dos entidades (Computadoras) estuvieron unidas a una hora determinada y si es vía teléfono, que se estuvo conectado al que da acceso a la Internet, a la hora que se sucedió el mensaje y, todas estas presunciones servirán para que el operador de justicia valore conforme a la sana crítica, las probanzas en el juicio de que trate.

En contra de lo anterior, pudiera argüirse que la interpretación gramatical del artículo 1368 del Código Civil requiere de un documento o mensaje manuscrito en cuanto a su

firma, agregando inclusive, que si el otorgante no supiere o no pudiere firmar y es admisible la prueba de testigos, el instrumento deberá estar suscrito por persona mayor edad, como firmante a ruego de aquél y además, por dos testigos.

Pero, cual se dejó establecido en el estudio, por aplicación de la teoría de la equivalencia funcional, el documento electrónico debe equipararse al documento privado y la firma que requiere el informatizado será la digital, no debiendo presentarse el supuesto previsto en el último aparte del 1368 del Código Civil, ya que como se dijo en parte previa, el analfabetismo no es solamente el no saber leer ni escribir, sino además, el no saber utilizar los medios computacionales, siendo evidente que quien no sepa lo primero, no podrá saber lo segundo.

Pero aun en dicho supuesto, nada obsta para que el firmante a ruego y los dos testigos utilicen firmas digitales, en un documento informatizado, remitido por quien no sepa o no pueda hacerlo.

Resulta oportuno dejar establecido que el reglamento de servicio público de telégrafos, contiene previsión sobre el lenguaje cifrado, por lo que nada obsta además, para aplicar el mismo a la criptografía que pueda utilizarse en cualquier

mensaje de datos.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, nada impide que aún sin ley especial que lo acepte, los jueces pueden valorar las documentales digitalizadas, máxime, si se encuentran firmadas digitalmente y aún sin tal requisito, por cuanto siempre será posible probar cual fue el computador que generó el mensaje, a quien debe atribuírsele su autoría por vía presuntiva, teniendo el presunto autor la carga de la prueba de demostrar lo contrario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alfonso, I. (1995). ***Técnicas de Investigación Bibliográfica***. 7ª Edición. Contexto Editores. Caracas
- Arias, F. (1.997). ***El proyecto de investigación***. Guía para su elaboración. Caracas: Editorial Epísteme.
- Autores Varios, (1978). ***Estudios Jurídicos Sobre el Documento Público y Privado***. Caracas, Ediciones Fabretón,
- Azula Camacho, J. (1998). ***Manual de Derecho Probatorio***. Bogotá, Editorial Temis, 1998. 328 p.
- Bello Lozano, H. (1979). ***Derecho Probatorio***. Caracas: Librería La Lógica, C.A.
- Cabanellas, G. (1981). ***Diccionario Jurídico Elemental***. Heliasta S.R.L. Buenos Aires. República Argentina.
- Calamandrei, P. (1973). ***Estudios sobre el Proceso Civil***. Tr: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Calvo Baca, (1997). ***Enciclopedia Jurídica Opus***. Tomo III. Caracas: Editorial Libra
- Canale, R. (1957). ***Enciclopedia Jurídica***. OMEBA: T. XXIII.
- Carnelutti (1968). ***La prueba Civil***. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa América.
- Código Civil de Venezuela. ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** N° 2.990 Extraordinaria de fecha 26 de Julio de 1982.

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

Devis Echandía, H. (1981). **Teoría General de la Prueba Judicial.** Bogotá: Zavala Editor.

González, H. (2000). **Valor probatorio del Documento Electrónico.** Trabajo de Grado No Publicado. Universidad del Zulia.

Hernández, R. y otros (1996). **Metodología de la Investigación.** McGRAW- Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. México.

Muci Fachin (1999). **Transacciones Financieras en Línea.** Ponencia presentada en el evento "Aspectos Legales del Comercio Electrónico" Caracas, agosto 4 de 1999.

Sabino, C. (2000). **El proceso de investigación.** Caracas: Editorial Panapo.

Sabino, C. (1996). **Cómo hacer una tesis.** Caracas: Editorial Panapo.

Sanchis Crespo, C. (1999). **La Prueba en soporte informático.** Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Sentís Melendo, S. (1998). **Estudios de Derecho Procesal.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América (EJEA).

Viloria Pérez, M. (1999). **Las Pruebas en el Comercio Electrónico.** Ponencia presentada en el evento "Aspectos Legales del Comercio Electrónico" Caracas, agosto 4 de 1999.