INDICE GENERAL

RESUMEN……..... vi

INTRODUCCION……. 1

CAPITULOS

I.PRUEBA Y MEDIOS PROBATORIOS……..……..… 3

Prueba…….……..… 3

-Concepción Amplia…….……..…….…… 4

-Concepción General y Objetiva……..…… 4

-Concepción Subjetiva…….…….…… 4

-Concepción Mixta…… 5

-Concepción Objetiva…… 5

-Concepción Dispositiva……..….. 5

Diferencia entre Prueba y Medios Probatorios…….…… 6

Prueba Libre……...……..…... 9

II. PROPUESTA TAXONOMICA DE LAS PRUEBAS LIBRES……. 13

-Documentos no suscritos por los otorgantes…… 14

-Instrumentos representativos de acciones o situaciones no declarativas …….. 14

-Medios que solo se promueven y solo aportados al proceso durante la etapa de evacuación de prueba……. 14

-Medios escritos gráficos producidos a través de máquinas electrónicas, mecánicas, digitales……..... 15

III.PROMOCION Y ECACUACION DE LAS PRUEBAS LIBRES…….. 17

-Medios escritos no suscritos por sus otorgantes…… 18

-Que aportan su contenido de inmediato al procesal ser

promovidos……..……. 18

-Cuyo contenido se aporta al proceso durante la etapa de evacuación de pruebas…….……..……..... 19
-Medios que solo se promueven y son aportados al proceso durante la etapa de evacuación de pruebas…….. 20
-Medios escritos y gráficos producidos a través de máquinas electrónicas, mecánicas, digitales y otras de su mismo género… .. 23
-Medios gráficos producidos por maquinas cuyos contenidos aportan cifras, claves, imagines, que tan solo pueden ser comprendidas por expertos…… 23

IV.CONTRADICCION DE LAS PRUEBAS LIBRES…… 25
-Oposición…… 26
-Oposición por impertinencia…… 26
-Por inutilidad……... 26
-Por ininteligible…….. 26
-Por Prejuiciosa……. 26
-Por falta de identidad…… 27
-Oposición por ilegalidad…….. 27
-Por extemporánea……. 27
-Por indisponibilidad del medio…… 27
-Por ser subsidiaria……. 28
-Por transformar los medios……. 28
-Por violación a los derechos constitucionales…… 28
-La impugnación…….. 29
V. VALORACIÓN Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS PRUEBAS LIBRES…… 31

-Eficacia probatoria de las pruebas libres…… 34
VI. ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS PRUEBAS LIBRES…….. 39
-Resumen de la doctrina jurisprudencial……. 47
-Comentarios a la sentencia…… 49
-Mensaje de datos y documento escrito……. 51
-Mensaje de datos y documento original…… 53
-Mensaje de datos y prueba documental escrita……... 54
CONCLUSIONES…….. 61
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS…….. 79

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

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO
TRABAJO DE GRADO DE ESPECIALIDAD

LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Presentado por
Ramírez Rojas Hayarith del Valle

Para Optar al Título de
Especialista en Derecho Procesal

Tutor
NuñezAlcantara Edgar

Caracas 2011

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

APROBACION DEL TUTOR

Por medio de la presente hago constar que he leído el trabajo especial de grado de especialista, presentado por la ciudadana Hayarith Del Valle Ramírez Rojas, titular de la Cédula de Identidad N° 8.516.473, para optar al grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título definitivo es Las Pruebas libres en el proceso Civil Venezolano; y manifiesto que dicho trabajo reúne los requisitos y meritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de caracas, a los diez días del mes de junio de 2011

_____

C.I

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

LAS PRUEBAS LIBRES EN EL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Autor: Abg. Hayarith del V. Ramírez Rojas
Tutor: Abg. Edgar Núñez Alcántara
10 de junio de 2011

RESUMEN

Esta investigación tuvo como objetivo general determinar, con apoyo de la Doctrina y la Jurisprudencia existente, el procedimiento para la promoción, evacuación, contradicción y valorización de las pruebas libres. El estudio fue descriptivo, tipo documental, aplicado al campo jurídico: Los instrumentos de la investigación fueron seleccionados por la investigadora, de acuerdo al tema objeto de estudio. Los resultados obtenidos del análisis e interpretación de datos preliminares establecen, desde el punto de vista jurídico:La eficacia probatoria de las pruebas libres en el proceso civil venezolano, está sujeta en primer lugar, al cumplimiento de las normas y el procedimiento para la promoción y evacuación, establecidos en la ley o por el juez, cuando los medios de pruebas libres no sean análogos con algún medio de prueba legal. En segundo lugar, a la valoración que el juez haga de las pruebas libres conforme a las reglas de la sana crítica y en adminiculacion con el resto de las pruebas promovidas y evacuadas por las partes. Cuando no exista plena eficacia probatoria de las pruebas, el juez debe remitirse al principio de la carga probatoria, para resolver los intereses subjetivos en pugna sometidos a su decisión.

INTRODUCCION

La exigencia de la de la vida civil sobre la legitimidad y confianza de los procesos en la legislación venezolana, no se logra con la promulgación de normas jurídicas, pues su implementación en la práctica forense depende de la cultura de los usuarios.

No se puede soslayar que el derecho como ciencia jurídica, regula la conducta humana, de allí que su fuente original lo constituye las conductas que paso a paso, día a día, los seres humanos realizan con relevante valor jurídico, obteniendo relaciones jurídicas que emiten un significado regulado por la ciencia del deber ser; y en donde lo estadístico no tiene cabida.

El derecho probatorio, que lucha en su carrera para consagrarse como rama autónoma del derecho procesal civil, constituye el mayor y mas trascendental equilibrio para lograr la exacta correlación entre los hechos y la prueba, sin olvidar que la utilización de un proceso para la satisfacción y realización de sus derechos implican un estado social de pugna para el reconocimiento voluntario de la pretensión discutida. Sin embargo, las normas jurídicas de naturaleza probatoria encuentran su máximo freno, en su aplicación a los seres humanos a quienes va dirigida, no solamente por desconocimiento del ordenamiento jurídico, si no por conductas negativas hacia futuro, en donde lo antiguo es seguro, y lo actual y vigente es inseguridad. A esto debemos agregar, que en Venezuela no existe política legislativa que plasme las necesidades prácticas y mucho menos colme los vacios legislativos que impiden la aplicación de los preceptos jurídicos.

Con la promulgación del Código de Procedimiento Civil , germinan las semillas sembradas por juristas patrios como Dominici y Loreto, sobre el campo probatorio. El establecimiento de la libertad de medios probatorios, abre así el camino para la utilización de todos aquellos elementos que sean

capaces de trasladar al campo jurisdiccional la plena convicción de la ocurrencia o no de un hecho jurídico. Esta libertad, aun cuando tímida, coloca al Derecho Probatorio en una posición protagónica, para dar entrada a las pruebas libres.

Este estudio se justifica porque la evolución de la ciencia tecnología implica avance en los medios de comunicación, los cuales van a propiciar el nacimiento y extinción de determinados negocios jurídicos que en un momento dado pueden dar lugar a reclamación judicial, por lo que presentarlos en la causa constituye un verdadero acontecimiento.

Es por lo que esta investigación tiene como objetivo determinar las pruebas libres en el proceso civil venezolano. Y para lograr el mismo se empleo un método de investigación descriptivo y documental, utilizando para ello una amplia bibliografía de autores nacionales y extranjeros, además de los cuerpos legales reguladores y la jurisprudencia del máximo tribunal de la República.

El trabajo se estructura de manera tal que su lectura se hará comprensiva, abordando cada punto por separado y una vez agotado se prosigue con los aspectos posteriores guardando estrecha relación.

Así se elabora: un primer capítulo, referido a las nociones de prueba, medios probatorios, sus diferencias; para por ultimo analizar el concepto de prueba libre, punto sobre el cual se centra el debate; Un segundo capítulo destinado a la taxonomía de las pruebas libres; el tercer capítulo consagrado a la promoción y evacuación de las pruebas libres; el cuarto capítulo dedicado a la contradicción de las pruebas libres; el quinto capítulo sobre la valoración de las pruebas libres y en el sexto capítulo posición jurisprudencial sobre las pruebas libres.

CAPITULO I
PRUEBA Y MEDIOS PROBATORIOS

Antes de hablar sobre la prueba libre, hay que analizar y diferenciar los vocablos prueba y medio de prueba.

Probar significa en líneas generales, demostrar la ocurrencia de un hecho y que el mismo ocurrió de determinada manera. Bello, H. (1979, I), señala que " las siete partidas, la definió como el averiguamiento que se hace en juicio en razón de una cosa que es dudosa"(p.17)

Para carnelutti, F. (1955), probar indica "una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio, y prueba, como sustantivo de probar, es el procedimiento dirigido a tal verificación" (p.13)

Prueba

En sentido legal, la prueba no es la demostración cualquiera, sino que esta ligada a ciertos medios y procedimientos establecidos en la ley, por ello, y siguiendo al jurista Devis, H. (1981,I), se pueden citar seis puntos de vista para poder elaborar el concepto de prueba:

- Concepción Amplia

Desde este sentido amplio, Belthan, J (1971, I), considera a la prueba "como un hecho supuestamente verdadero que se presume debe servir de motivo de credibilidad sobre la existencia o inexistencia de otro hecho" (p.21).

Concepción General y Objetiva

Bajo este aspecto se dice, que prueba es todo medio que sirve para conocer cualquier cosa o hecho, incluyendo en este concepto tanto los hechos , los objetos y las actividades, como las declaraciones y ratificaciones de terceros en juicio, dictamen judicial . Es decir, todos los medios a través de los cuales se transportan y conducen los hechos objetos de la prueba al conocimiento del juez.

En este sentido Florian (1950, citado por Devis, H. (1981,I), encuadra su definición en este aspecto al señalar que "para referirse a la prueba, una de sus acepciones es la de medios que se emplean para esta investigación sobre la veracidad de los hechos" (p.21).

Por su parte Carrara (1957), citado por Devis, H. (1981,I), la define como "todo lo que sirve para darnos certeza acerca de l verdad de una proposición" (p.22).

Concepción Subjetiva

Desde este punto de vista y en contra posición con los dos anteriores Devis , H .1981,I), sostiene, que prueba "es la convicción que con ella se

produce en la mente del juez, sobre la realidad o verdad de los hechos que configuran delito, el litigio o la cuestión litigiosa, bien sea con cada medio en particular o con el conjunto de los aportados al proceso" (p.23)

Esta con enfoques totalmente opuestos, coincide con lo expuesto en la segunda en relación al vínculo existente entre prueba y los medios utilizados para suministrarla, así como en su finalidad.

Concepción Mixta

En este sentido, se combina el concepto objetivo de los medios de prueba, con el concepto subjetivo del resultado que se obtiene en la conciencia del juez, y así lo define Devis, H. (1981,I), a la prueba como "el conjunto de motivos y razones que nos suministran el conocimiento de los hechos , para los fines del proceso, que de los medios aportados se deducen" (p.25).

- Concepción Objetiva

Dentro de otra gama del aspecto objetivo, pero no tomando en cuenta el medio o hecho que se utiliza para probar sino al hecho o cosa en si que debe probarse, Florian (1961) citado por Devis, H 81981, I), manifiesta que prueba "se identifica con la materia que debe probarse o con el objeto de la prueba"(p.27)

- Concepción Dispositiva

La ultima concepción se refiere a la prueba como actividad de comprobación de los sujetos procésales o de terceros y el procedimiento en que se desarrolla la prueba, asemejándosele con la forma de aportarlas a las

actas y la forma de apreciación por el juez, como bien lo definiera Devis, H, (ibid), “las partes dentro del proceso hacen y producen la prueba y el tribunal ordena, practica y aprecia o valora la prueba” (p.28).

En base a todos estos aspectos, por prueba debe entenderse tanto los medios (vehículo utilizado por las partes), como las razones o motivos contenidos en ellos para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos (esencia de estas para logar el resultado objetivo enb la conciencia del juez.

Medios Probatorios

De lo expuesto anteriormente, al enfocar el concepto de prueba como hecho, medio, convicción, conjunto de motivos, materia o actividad de comprobación; no significa que tanto los vocablos técnicos prueba como el de medios de prueba o probatorio, no pueden separarse. Para Cabrera, J. (1989,I) , los medios de pruebas “son los instrumentos que se otorgan a los sujetos procésales, para trasladar al proceso hechos que permiten verificar las afirmaciones de las partes, o averiguar la existencia de una situación fáctica” (p.21).

En otras palabras, se pudiera decir que son los diversos elementos autorizados por la ley, para demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos en juicio (la autora); o como con mayor propiedad lo define Guasp, J. (1956), “es todo aquel elemento que sirve de una u otra manera, para convencer al juez de la existencia de un dato procesal determinado” (p.365).

Es por ello, que partiendo de estas ideas, existen diversas clasificaciones sobre medios probatorios, las cuales varían de acuerdo a la posición de diversos autores:

Para Devis, H. (1981,II) los Medios Probatorios se clasifican de siguiente manera:

> 1.- Si puede existir libertad de Medios o por el contrario, una regulación legal taxativa, posible distinguir los medios libres y legales o regulados. 2.- Si se considera que la ley puede prohibir determinados medios en general o para ciertos hechos en particular, aun dentro de un sistema de libertad de medios como excepciones al mismo, y que ya existen prohibición implícita cuando haya razones de moral o se violan derechos subjetivos que la ley ampara, puede hablarse de *medios lícitos o permitidos e ilícitos o prohibidos. 3.-* De acuerdo con cada uno de los instrumentos que lo constituyen y que se encuentran generalmente consagrados en los códigos de procedimientos civiles, penales, laborales y en algunos códigos civiles”(p.189).

Para Redenti, E. (1957,I), los medios se suelen distinguir en:

> Preconstituidos o simples, consistiendo los primeros en cosas que se les ha dado primariamente, fuera del proceso una cierta conformación o especificación , precisamente a fin de que de su examen pueda el juez recabar elementos de convicción. Simples, serán aquellas pruebas que forman el proceso mismo mediante actividad ad hoc (hechos procésales y no cosas) (p. 284).

Diferencia Entre Prueba Y Medios Probatorios

Rocco (1926) citado por Bello, H. (1979,I), establece que la prueba y Medios Probatorios se pueden diferenciar, pues en sentido estricto, son “pruebas judiciales las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza de los hechos; en tanto que por medios de prueba, deben considerarse los elementos o instrumentos utilizados por las partes y el juez, que suministren esas razones o motivos” (p.12)

Por ello, realizando un estudio comparativo, entre mercancía y vehículo con prueba y medios probatorios, se pudiere establecer lo siguiente: *los medios de prueba* o probatorios son vehículos a través de los cuales se transportan los hechos que quieren ser transportados a las actas procésales, cumpliendo con los requisitos expresamente establecidos por la ley, se habla entonces de inspección judicial, fotografías, videos, testimonios, peritaje hematológico, entre otros ; y a la prueba como cargamento, la mercancía transportada por esos vehículos, es decir, los medios probatorios, a las actas procésales. Esta mercancía, o sea, las pruebas, esta constituida por las razones o motivos que sirven para llevarle al juzgador la certeza o la inexistencia de los hechos.

Visto de otra manera, se puede analizar el siguiente ejemplo: se inicia un proceso judicial para requerir un pago como indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la ocurrencia de un hecho ilícito. La legislación nacional requiere que se demuestre la

exacta correlación de la causa (hecho ilícito) con el efecto (consecuencias: materiales o morales); en tal sentido debe probarse tanto, debe probarse tanto la causa como el efecto, siempre que conduzca a una consecuencia material.

Para probar la causa, puede utilizarse distintos medios probatorios, entre ellos una inspección judicial preconstituida, y auxiliarse de una grabación cinematográfica (video), para captar y demostrar los motivos y razones que servirán para convencer al juez sobre la certeza de determinado hecho.

Prueba Libre

En contraposición a la prueba legal o tasada surge la noción de la prueba libre, que es aquella que no se encuentra tipificada dentro del ordenamiento jurídico positivo y que puede estar constituida por todos los medios probatorios imaginables que sólo el avance y desarrollo de la ciencia y la tecnología puede limitar.

Su base legal se encuentra establecida en el Código de procedimiento Civil, Articulo 395: "....Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducentes a la demostración de sus pretensiones....".

Es por ello que al hablar de pruebas libres debe siempre acogerse una concepción que envuelva no solo la función de probar sino la consecuencia de producir en el animo del juez la convicción sobre la verdad o falsedad de determinados hechos (la autora).

Estas pruebas libres deben diferenciarse de cualquier otros medios, instrumentos o procedimientos mecánicos utilizados como auxiliares de otros medios probatorios tipificados por la ley, como se prevé en las normas adjetivas civiles de los artículos 189, 475, 502 y 503 del Código de Procedimiento Civil, donde se permite la eventual reproducción fonográfica, o cinematográfica para levantar actas, evacuaciones de inspecciones judiciales, testimoniales o la reconstrucción de hechos, que no constituyen pruebas libres sino instrumentos y procedimientos auxiliares de medios de prueba.

La norma general sobre estos medios auxiliares se encuentra previsto en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, al establecer:

> El juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aún de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, y calcos y copias, aún fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos.

El párrafo tercero del artículo 189 ejudem establece:

> .....Las declaraciones de las partes, las posiciones juradas, las declaraciones de los testigos y cualquiera otras

> diligencias del tribunal que deban hacerse fuera constar en actas, podrán ser tomadas mediante el uso de algún medio técnico de reproducción del tribunal o por solicitud de alguna de las partes.

El articulo 475 ejuden, referente a la Inspección judicial establece:

> El juez hará extender en acta la relación de lo practicado, Sin avanzar opinión ni formular apreciación, y para su elaboración se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 189. El Juez podrá, así mismo ordenar la reproducción del acto por cualquiera de los medios, instrumentos, o procedimientos contemplados en el articulo 502, si ellos fuere posible.

El articulo 485 ejudem al regular sobre el examen de los testigos, en su último párrafo dispone:

> ... La declaración del testigo se hará constar en un acta que firmaran el Juez, el secretario, el testigo, las partes o sus apoderados presentes, salvo que se haga uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, caso en el cual se procederá como indica el articulo 189 de este código.

La norma prevista en el articulo 503 del Código de Procedimiento Civil contempla la admisibilidad como medio de prueba, la reconstrucción

de los hechos, “ ... haciendo eventualmente ejecutar su reproducción fotográfica o cinematográfica”.

Estos medios coadyuvan a la prueba tarifada, de tal manera que no necesariamente solo las pruebas libres deben estar auxiliadas, para su evacuación con un medio de prueba típico o tarifado por ley, pues, las normas antes transcritas verifican que las pruebas legales pueden, para su evacuación, auxiliarse de cualquier medio, instrumento o procedimiento mecánico, sin llegar a constituir prueba libre autónoma.

CAPITULO II

PROPUESTA TAXONOMICA DE LAS PRUEBAS LIBRES

En consideración a las variadas e inimaginables pruebas libres que pueden promoverse dentro del proceso, por cuanto son ilimitadas en razón a los avances de la ciencia y la tecnología, y de acuerdo con las necesidades de probar en cada caso concreto, el jurista patrio Cabrera, J. (1989), a planteado la siguiente propuesta taxonómica de las pruebas libres, la cual consiste agrupar la diversidad de documentos existentes en determinados grupos ha los fines de facilitar su aplicación en el campo probatorio

- **Documentos no suscritos por sus otorgantes.**

En esta categoría se incluyen documentos y escritos impresos, teleimpresos, que no reúnen los requisitos de prueba por escrito, conforme a los artículos 1356, 1357 y 1368 del código Civil, del cual se extrae que la prueba por escrito resulta de un instrumento público o de un instrumento privado, entendiéndose el primero como aquel que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un juez u otro funcionario público que tenga facultad para darle fe pública en el lugar donde el instrumento se haya autorizado, y el segundo como aquel que sin haber sido autorizado por ningún funcionario público, esta suscrito por las partes.

En esta categoría (de documentos no suscritos) a manera de ejemplo, se citan los estados de cuenta bancarios, los estados de ganancias y perdidas de empresas.

- Instrumentos representativos de acciones o situaciones no declarativas

En esta categoría se incluyen aquellos medios que representan un hecho o captan una imagen, o cuando se reproduce una persona o una escena en donde aparecen varias personas, paisajes, hechos naturales, animales y/o plantas. Se pueden subdividir a su vez en aquellos que incorporan su contenido de inmediato al proceso al ser promovidos, verbigracia, las fotografías, los mapas; y aquellos cuyo contenido aporta al proceso durante la etapa de evacuación de prueba; aquí se incluye entre otras las grabaciones fonográficas, cinematográficas, y que se aportan al proceso en cintas, videos y/o cassettes.

- **Medios que solo se promueven y son solo aportados al proceso durante la etapa de evacuación de prueba**

En esta categoría se incluye, como ejemplo: experimentos, detector de mentiras con la colaboración de expertos, método asociativo de ideas, peritaje hematológico, examen comparativo de grupos sanguíneos, etc.

- **Medios escritos gráficos producidos a través de maquinas electrónicas, mecánicas, digitales**

Dentro de esta categoría se incluyen las informaciones, comunicaciones, transacciones celebradas y pactadas a través de correo electrónico, computadoras y facsímiles.

- **Medios gráficos por maquinas cuyos hechos no pueden ser captados o descifrados, sino por el auxilio del informe o explicación del experto.**

Se incluyen en esta categoría a los exámenes médicos tales como cardiogramas, electroencefalogramas, radiografías y resonancia magnéticas.

CAPITULO III
PROMOCION Y EVACUACION DE LAS PRUEBAS LIBRES

En fundamento y aplicación del segundo párrafo del articulo 395 del Código de Procedimiento Civil. "...Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones relativas a los medios de pruebas semejantes contempladas en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale al juez".

El Código de Procedimiento Civil Venezolano, no establece un lapso o termino especifico para promover y evacuar cada medio de prueba libre en particular, lo cual resulta totalmente lógico debido a la naturaleza de las mismas; por el contrario existe un único lapso para que sean promovidas y evacuadas todos los medios probatorios legales.

Las normas consagradas en el Código de Procedimiento Civil, para el procedimiento ordinario, en su articulo 388 establece: " Al día siguiente del vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación de la demanda, sin haberse logrado la
Conciliación ni el convencimiento del demandado quedara el juicio abierto a pruebas ..." y el articulo 396 reza: " Dentro de los primeros quince días del lapso probatorio deberán las partes promover todas las pruebas de que

quieran valerse las partes, ... “ y el articulo 400 señala: “ Admitidas las pruebas, o dadas por admitidas conforme a los artículos precedentes, comenzaran a computarse los treinta días destinados a la evacuación;...”.

En cuanto a la evacuación de las pruebas libres, se debe considerar que, también en aplicación del articulo 395 del Código de Procedimiento Civil,...”. Estos medios probatorios se promoverán y evacuaran aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez”.

Es importante señalar lo mencionado supra, en relación a la utilización de los medios, instrumentos y procedimientos mecánicos como auxiliares de medios probatorios típicos o legales, tales como inspecciones judiciales, declaraciones de testigos, reconstrucción de hechos.

Siguiendo pues, la propuesta taxonómica expuesta anteriormente, Cabrera, J. (1989), sugiere la promoción y evacuación de las pruebas libres de la siguiente manera:

- **Medios escritos no suscritos por sus otorgantes**

Como bien se estableció, se aplicaran por analogía las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil, y en tal sentido para su **promoción** se emplearan las relativas a la prueba documental. Asimismo, auxiliarse de otros medios de pruebas, tales como inspección judicial en los libros contable sobre aspectos relacionados con el Estado de Ganancias y Perdidas, promovido en fundamento al articulo 42 del Código de Comercio, compulsándose solo lo relacionado con los hechos objeto de prueba, sin

olvidar la necesaria identificación de puntos específicos sobre los cuales recaerá la inspección judicial.

Igualmente, en caso de convocatorias, se puede promover además, la prueba de exhibición del original suscrito por su autor. En caso de revistas y folletos debe promoverse también a los fines de su adminiculacion con la prueba libre promovida, la prueba de informes, a objeto de solicitarle a la Junta Directiva de la editorial información sobre el o los artículos publicados y que aparecen en actas, así como también, sobre el original suscrito por el autor, en cual debe encontrarse en los archivos de el editorial.

En cuanto a la evacuación y por cuanto estos instrumentos al ser promovidos deben acompañarse a la s actas, para ser admitidas al día siguiente del vencimiento del lapso de promoción una vez agregados a las actas, informan y aportan su contenido, los mismos son pruebas que no necesitan evacuación, salvo que su autoría no se acredite a ninguna de las partes, sino a terceros ajenos al proceso, los cuales deben confirmar y ratificar su contenido, conforme a lo pautado en el articulo 431 del Código de Procedimiento Civil.

- **Medios representativos de acciones o situaciones no declarativas**

En este grupo se distinguen dos sub-grupos:

- **Que al ser promovidas aportan su contenido de inmediato al proceso**

Aquí como ejemplo, se ubican las fotografías, mapas y levantamientos topográficos. Los cuales al ser promovidos deben aportarse los datos que identifican al autor de los mismos, así como los negativos en

caso de las fotografías; las notas y libreta de campo en el caso de los mapas y levantamiento topográfico.

En el caso de la fotografía, es un producto de un medio mecánico manejado por una persona natural, en cuya revelación también interviene la voluntad humana, de allí la importancia de la plena identificación del fotógrafo, así como el estudio fotográfico donde fue revelada la película. Estas personas pueden ser llamadas a juicio en caso de impugnación.

Cuando las fotografías se utilizan como auxiliares de medios de pruebas típicos, tales como medio auxiliar de una inspección judicial, de conformidad con el articulo 475 en concordancia con el articulo 189 ambos del Código de Procedimiento Civil, aun cuando ese medio mecánico se utilice por orden del tribunal, como medio auxiliar de una prueba legal o sea promovida como prueba libre, el fotógrafo debe quedar plenamente identificado en actas, así como la cámara fotográfica que capto la imagen, la identificación del estudio fotográfico en donde se revelo la película, y acompañarse los negativos de la misma, a los fines de que la parte contra quien obre ese medio, pueda contradecirla, a través de la oposición o impugnación.

- **Cuyo contenido se aporta al proceso durante la etapa de evacuación de la prueba**

En esta categoría se ubican pruebas tales como grabaciones fonográficas, cinematográficas, y cualquier genero aportados al proceso en cintas, discos, videos y/o cassettes. En este sentido, estas pruebas libres al ser promovidas deben ser acompañadas al escrito de promoción de pruebas, identificándose cada una de las particulares de estos medios,

plantear la posibilidad económica de cubrir los gastos y gestiones necesarias para su revelación, tales como suplir el aparato o instrumento a traves del cual se evacuara la prueba, así como la posibilidad de traslado a otro sitio idóneo fuera de la sede del tribunal, previo su acuerdo de constitución con tres días de anticipación como mínimo.

En este sentido Cabrera, J. (1989), considera que no es necesario acompañar junto al escrito de promoción, el aparato a través del cual debe revelarse la prueba promovida, por cuanto de conformidad con el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, el juez en el auto de admisión de los medios de prueba promovidos debe prescribir el procedimiento para la evacuación de las pruebas libres que se hayan promovido, siendo en el auto de admisión la oportunidad procesal para indicarle a la parte promovente los requisitos que debe cumplir para su evacuación, con la circunstancias que la falta de ellos acarreara la renuncia de la prueba, salvo que la misma sea justificada y no haya transcurrido el lapso de evacuación general de las pruebas.

También en el auto de admisión de pruebas debe fijarse el día y la hora en que será revelada, oída o vista l prueba promovida. Igualmente el juez, puede mandar a transcribir luego de evacuada la prueba, para mas facilidad en la valoración de la misma, pero esto no significa que desaparecerá la prueba libre para ser sustituida por una prueba legal o típica, pues solo esta última será un auxiliar de la prueba libre, de tal manera que podemos encontrarnos en una situación inversa a la prevista en los artículos 475, 485 y 503 del Código de Procedimiento Civil.

La cinta, el disco, y/o el cassette, debe ser resguardado y custodiado por la secretaria del tribunal, por cuanto los jueces de alzada, para valorar la

prueba deberán revelar o escuchar la prueba libre promovida, aun cuando, eventualmente, se haya trascrito mediante acta.

- **Medios que solo se promueven y son aportados al proceso durante la etapa de evacuación de pruebas.**

Con base y en relación a la propuesta taxonómica planteada en puntos anteriores, se incluyen en esta categoría todos los géneros de experimentos, método asociativo de ideas, peritaje hematológico, examen comparativo de los grupos sanguíneos.

Esta grupo por presentar cierta analogía con la prueba de experticia, puede crear un procedimiento semejante, pero nuevo y distinto para su evacuación, por cuanto la naturaleza jurídica de estas pruebas no coinciden plenamente con la prueba de experticia. Si se promueve un detector de mentiras o método asociativo de ideas, para ser aplicado a los testigos que rendirán sus aclaraciones , debe fijarse en el auto de admisión el día y la hora para nombrar los sicólogos o siquiatras, que practicaran el examen, así como la oportunidad para llevar a cabo el mismo, el cual podría ser el tercer día siguiente a la aceptación y juramentación del ultimó de los expertos, siguiendo de esta manera al lapso que estableció el legislador en el articulo 458 del Código de Procedimiento Civil en relación a los peritos designadas para practicar una experticia.

El examen debe practicarse conjuntamente por tres expertos sicólogos o siquiatras para mantener la igualdad en el derecho de la defensa, a menos que las partes convengan en que fuera uno; de la misma manera como lo prevé el legislador en relación a la experticia en el articulo 454 del precitado

Código de Procedimiento Civil, los cuales deberán rendir su informe en el mismo día del examen.

La oportunidad para evacuar la prueba es independiente a la evacuación de la prueba testimonial, pues todas serán valoradas conjuntamente en la oportunidad de la sentencia definitiva. En caso de inasistencia injustificada del testigo en la fecha y hora indicada, esta incurrirá es negativa a colaborar, sufriendo los efectos previstos en el articulo 505 del Código de Procedimiento Civil, establece:

> Si para la realización de inspecciones, reproducciones reconstrucciones y experticias fuere menester la colaboración material de alguna de las partes, y ésta se negare a suministrarla, el juez le intimara a que la presente. Si a pesar de ello continuare su resistencia, el juez dispondrá que se deje sin efecto la diligencia, pudiendo interpretar la negativa a colaborar con la prueba, como una confirmación de la exactitud de las afirmaciones de la parte contraria al respecto.

Es decir, dejar sin efecto la diligencia y sacar de la negativa a colaborar las presunciones que su prudente arbitrio le aconseje.

En relación al peritaje hematológico y examen comparativo de los grupos sanguíneos, por cuanto son pruebas que para su evacuación se requiere la colaboración de las partes, la negativa produce la misma consecuencia señalada anteriormente, de conformidad con la precitada norma legal.

- **Medios escritos y gráficos a través de maquinas electrónicas, mecánicas, digitales y otras de su mismo genero**

En este grupo se incluyen todos los documentos escritos o gráficos, cartas remitidas por correo eléctrico y fax-símiles. Como estos medios aportan su contenido de inmediato al proceso al ser promovidos, deben acompañarse junto al escrito de promoción de pruebas, e identificarse plenamente el aparato mecánico, electrónico y/o digital que lo emitió.

- **Medios gráficos producidos por maquinas cuyos contenidos aportan cifras, claves, imágenes, que solo pueden ser comprendidas con el informe o explicación del experto.**

En esta categoría se incluyen pruebas tales como radiografías, electroencefalograma, resonancias magnéticas, electrocardiograma. Es importante señalar que, junto con el escrito de promoción, debe acompañarse tanto el medio grafico como el informe que lo descifra y explica, y por cuanto el informe es un documento que emana de terceros ajenos al juicio, debe ratificarse el contenido del mismo, bajo los preceptos del articulo 431 del señalado Código de Procedimiento Civil.

Para el supuesto caso de existir a la fecha del lapso de promoción de pruebas del juicio, la enfermedad o anomalía que revela el medio grafico, puede estudiarse la posibilidad de practicarse el examen durante el lapso de evacuación de pruebas, siempre y cuando haya sido promovido como una prueba autónoma , conforme a los lineamientos del artículo 505 ejusdem. El aspecto económico debe considerarse, en caso de promoverse, la misma deberá ser aplicada, tomando en cuenta las características del examen, el

material y los equipos a utilizar, y el personal medico y paramédico necesario, debiéndose tomar en cuenta condiciones exigidas por el hospital, institución pública o clínica privada, en donde las normas sobre la prueba de experticia pueden quedar relegadas.

CAPITULO IV
CONTRADICCIÓN DE LAS PRUBAS LIBRES

Como reflejo del Derecho Constitucional al debido proceso, previsto en el articulo 49 de la carta magna, se encuentra el **principio de la contradicción**, que a su vez se desdobla en dos figuras: **Oposición e impugnación** a las pruebas. La oposición es la contradicción pasiva que tiene por objeto que la prueba no ingrese al proceso, en cambio, la impugnación es activa, lo que busca es quitarle la eficacia probatoria a la prueba que ya ha sido incorporada al proceso.

La Oposición

La oposición a los medios de pruebas deben ser razones de impertinencia e ilegalidad, de conformidad con los establecido en el articulo 397 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece textualmente:

> Dentro de los tres días siguientes al termino de la promoción, cada parte deberá expresar si conviene en alguno o algunos de los hechos que trata de probar la contraparte, determinarlos con claridad, a fin de que el juez pueda fijar con precisión los hechos en que estén de acuerdo, los cuales no serán objeto de prueba. Si alguna de las partes no llenare dicha formalidad en el termino fijado, se consideraran contradichos los hechos. Pueden también

las partes, dentro del lapso mencionado oponerse a la admisión dela pruebas de la contraparte que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes.

En este sentido Borjas, A. (1984), señala que “hay impertinencia cuando los hechos que se tratan de probar no tiendan directamente a calificar la acción del demandante o la excepción del demandado. Hay ilegalidad en la prueba cuando la ley se opone a su admisión, ora prohibiendo en absoluto su empleo en juicio, o negando en el caso especial de que se trate”

-Oposición por Impertinencia.

-Inutilidad

Cuando los hechos sobre los que recae la prueba, han quedado fuera del debate probatorio por haber 0sido admitidos expresamente por la parte contra quien se alegó.

-Ininteligible

Cuando al promoverse la prueba se hace de tal manera que no se entiende que es lo que se pretende probar.

-Prejuiciosa

Al promoverse la prueba, el fin es impresionar al juzgador, predisponerlo en contra de la parte no promovente y en ningún momento pretende probar directamente los hechos controvertidos.

-Falta de identidad

Cuando la prueba se promueve de forma tal que no tiene conexión con los hechos litigiosos, bien por no identificar la parte de quien emana o contra quien se opone, o por no identificar los medios a través de los cuales se obtuvo, por ejemplo : promover un fax-simil y no indicar a quien se opone, cuando no se identifica la maquina que lo transmitió , cuando se promueve fotografías, películas o grabaciones y no se identifican los medios empleados, cámaras, técnicos, laboratorio(Borjas, A. pp.219-225).

-La Oposición por Ilegalidad

Igualmente, Peña, R. (1992), señala que la oposición por ilegalidad, puede ocurrir en los siguientes casos:

-Por ser Extemporánea

Significa que la prueba no ha sido promovida en su oportunidad, en este sentido, si la prueba se tratare de un medio análogo a la prueba documental, y en especial a un instrumento privado, si no se acompaño con el libelo, tiene que realizarse dentro del lapso correspondiente a la promoción, toda vez que el legislador en el articulo 434 del Código de Procedimiento Civil estableció que esa es su oportunidad.

-Por indisponibilidad del Medio

Esto es por haber sido utilizado un medio de prueba, sin la expresa autorización de terceros autores o coparticipes, por ejemplo, cuando se aportan comunicaciones que se han remitido por correo electrónico a terceros ajenos al debate.

-Por ser Subsidiaria

Esto es por promoverse de manera tal, que condicione la promoción de una prueba a la no evacuación de otra. Se puede señalar por ejemplo, el promover un video cinematográfico con la condición de que no se evacue la prueba de reconstrucción de los hechos.

-Por Transformar los Medios

Es ilegal pretender modificar las pruebas legales o tasadas en libres, por cuanto se violarían las disposiciones relativas a su promoción y evacuación. En caso de ser promovida una cinta magnetofoníca como si se tratara de una experticia y en consecuencia aplicar las normas relativas a ese medio legal.

-Por violación a los Derechos Constitucionales

Se violan los derechos constitucionales en la promoción de pruebas, cuando ellas se obtiene en trasgresión a los derechos constitucionales, como serían la violación a la correspondencia, al secreto domestico, al hogar.

La Impugnación

Como se señala en el punto anterior, la impugnación es un mecanismo para atacar o destruir el medio probatorio que ha sido aportado al proceso; por lo que hay que alegar no solo tal circunstancia sino además probar los hechos que constituyen la falsedad, la ilegitimidad, como vicios que comprometen la legalidad o autenticidad de la prueba.

Hay que el comentado articulo 397 del Código de procedimiento Civil, consagra el lapso para hacer oposición a las pruebas promovidas, mas no establece de manera expresa la oportunidad para realizar la impugnación por causa de adulteración o falsificación de la prueba libre, como si ocurre en los artículos 1380 y 1381 del Código Civil en concordancia con el articulo 438 del Código de Procedimiento Civil, en atención a la manera de atacar por vía principal o incidental el documento publico o privado respectivamente, al igual que con la tacha de testigos, regulada en el articulo 499 esjudem.

El jurista patrio Cabrera, J. (1989), considera que ese mismo lapso previsto en el articulo 397 esjudem, el no promovente debe impugnarlas de ser necesario, para que el auto de admisión de pruebas se indique la sustanciación e instrucción a seguir como consecuencia de la impugnación propuesta , y plantea que esta posición se ve avalada por la norma prevista en el articulo 155 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, en el cual se prevé un lapso único para la oposición e impugnación, lo que demuestra que el termino de oposición prevista en el precitado articulo 397 es también el natural para la impugnación cuando exista silencio de la la ley. (p.415).

Para la sustanciación e instrucción del procedimiento de impugnación, el juez de conformidad con el articulo 395 del referido texto legal, tiene plenas facultades para indicar el tramite a seguir, pudiendo crear un procedimiento distinto y nuevo y auxiliarse de cualquier otro previsto en el ordenamiento jurídico. Es decir el Juez puede aplicando la analogía hacer uso de normas y disposiciones de medios de prueba semejantes contemplados en el código civil , de igual modo lo preceptúa el articulo 7 ejudem cuando le da potestad al juez de establecer la forma idónea de realización de algún acto cuando no estén previstos ni en el código de procedimiento civil o ley especial, de acuerdo a la naturaleza del caso.

CAPITULO V
VALORACIÓN Y EFICACIA PROBATORIA DE LAS PRUEBAS LIBRES

En la doctrina se plantean controversias en cuanto a los sistemas de valoración de los medios probatorios, en especial en Latinoamérica. Devis, H.(1981), formula la existencia de dos sistemas: “Uno, llamado Tarifa Legal y el segundo, llamado Sistema de Libre Apreciación Razonada, Libre Convicción Intima o Sistema de Jurado y de los fallos de la Conciencia por los jueces profesionales” (p.95)

El primer sistema, se refiere al de regulación normativa de la apreciación de las pruebas, en sentido de estar determinada previamente en la Ley el mecanismo de valoración de los medios probatorios. El segundo, en contraposición con el primero, es un sistema de convencimiento intelectual, de apreciación razonada, en aplicación a las reglas de la lógica y de las máximas de experiencia.

Por su parte Couture (1990), considera que son tres los sistemas de valoración, el de Tarifa Legal, el de Libre Convicción y el de la Sana Critica y establece las diferencias entre ellos de la siguiente manera:

I.- Sistema de prueba legal: El legislador dice al juez: tu juzgas como yo te lo digo. II.- Sistema de la Sana Critica: El legislador

> le dice al juez: tu juzgas como tu inteligencia te lo indique, utilizando un sistema racional de deducciones. III.- Sistema de la libre convicción: El Legislador dice al juez: tu juzgas como tu conciencia te lo indique. (p.64)

En el sistema de la sana critica, el juez pude aceptar o desechar libremente el medio probatorio analizado, pero para rechazarlo debe examinar los razonamientos en que fundamenta su fallo.

Razón para cual Couture, E (1990), es “importante considerar, las reglas de la Sana Critica, como las reglas del correcto entendimiento humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos”(70).

La Legislación venezolana impone un sistema mixto de valoración de la prueba, sea cual sea el medio probatorio, lo cual se desprende del Código de Procedimiento Civil, en las disposiciones siguientes; articulo 507 establece: “A menos que exista una regla expresa para valorar el merito de la prueba, el juez deberá aplicarla según las reglas de la sana critica”.

Asimismo, el articulo 509 señala”Los jueces deben analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido,...” y el articulo 510 reza: “Los jueces apreciarán los indicios que resulten de autos en su conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia entre si, y en relación con las demás pruebas”. Todas estas disposiciones tienen

su fundamentación en el principio dispositivo y de congruencia, previsto en el articulo 12 del Código de Procedimiento Civil que señala:

> ...En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas de derecho a menos que la ley lo faculte para decidir conforme a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimient5os de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia....

Por ello es importante tener claro lo siguiente: No debe confundirse las pruebas legales y libres, con los sistemas de tarifa legal y sana critica; las primeras , o sea, las legales, se refieren a la implementación de un sistema cerrado de medios de pruebas a ser utilizado dentro de un proceso, sin importar si es un sistema inquisitivo o dispositivo, de tarifa legal o de sana critica, pues en los sistemas legales las partes tienen un catalogo diseñado por la política legislativa de cada país sobre los medios de pruebas que deben ser promovidos.

Las pruebas libres por el contrario, es un sistema mediante el cual no se cierra el esquema de medios probatorios estipulados en la legislación en el sentido de ser indicados taxativamente, pues las partes pueden aportar al proceso todas las pruebas que puedan ser útiles y pertinentes para transportar al juez la convicción de los hechos y razones controvertidas.

Eficacia Probatoria De Las Pruebas Libres

En el presente titulo se analizaran desde el punto de vista de su eficacia probatoria de algunos Medios de pruebas libres:

-*El Audio Visual* , el cual no es mas que el medio que permite la captación de hechos ocurridos, y su posterior representación, asi como la captación y representación de obras del ingenio humano, resulta indudable su capacidad para constituir instrumentos que puedan ser llevados a un proceso para demostrar situaciones o hechos alegados por las partes.

Claramente se puede inferir que por su amplia naturaleza, los medios audiovisuales pueden constituir efectivamente medios de prueba no solo porque contengan el registro de hechos que prueben alegatos controvertidos por las partes, sino que deben ser utilizados como medios de prueba, para fundamentar acciones derivadas de la ley de derecho de autor, acciones por daños y perjuicios y aun en acciones fundamentadas de la violación del derecho a la imagen de alguna persona.

El Audiovisual es un medio de prueba por la sencilla razón de que trae los hechos afirmados al proceso, permitiendo que esos hechos queden al alcance de los sujetos procésales durante la causa.

Dentro de los medios de prueba Audiovisuales nos encontramos con los juegos de video, que pueden tener una eficacia probatoria en las acciones derivadas en violaciones del derecho de autor, también tenemos Las pruebas medicas que realizadas mediante la utilización del sistema audiovisual, ellas pueden en muchos casos, constituir un elemento que demuestre en forma

clara y contundente , los hechos que fundamentan la pretensión, en virtud de la expresión del medio mismo, que permite, gracias a los avances tecnológicos, apreciar detalles que no es posible observar con la utilización de otro medio de prueba, ejemplo la fotografía.

-Correo electrónico, o en inglés “e-mail”, es un servicio de red para permitir a los usuarios enviar y recibir mensajes mediante sistemas de comunicación electrónicos. Principalmente se usa este nombre para denominar al sistema que provee este servicio en Internet, mediante el protocolo SMTP, aunque por extensión también puede verse aplicado a sistemas análogos que usen otras tecnologías. Por medio de mensajes de correo electrónico se puede enviar, no solamente texto, sino todo tipo de documentos. Su eficiencia, conveniencia y bajo costo están logrando que el correo electrónico desplace al correo normal para muchos usos habituales, todo lo cual constituye un hecho notorio en el ámbito del derecho.

El correo electrónico está previsto en la legislación venezolana, y constituye una subespecie de mensajes de datos, definiéndose éste último como “toda información inteligible en formato electrónico o similar, que puede ser almacenada o intercambiada por cualquier medio” (Artículo 2 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas). Esta expresión abarca prácticamente toda información digital que sea disponible.

El protocolo SMTP genera automáticamente fechas y horas, nombres completos y todos los datos personales que el remitente haya incluido en su mensaje de datos, incluyendo información sobre la firma del usuario, distribuye copias, y realiza otras muchas funciones bajo control del usuario o del proveedor de servicios: clasificación de los mensajes, retransmisión,

distribución a cualquier número de receptores, archivado, recuperación, creación de originales y copias, especificaciones todas éstas que siempre van a estar presentes en un correo electrónico generando una noción mas amplia de los hechos.

De acuerdo a lo dicho, y según las especificaciones del protocolo SMTP, se puede afirmar que todo correo electrónico o mensaje de datos consta de dos (2) partes fundamentales: (1) el encabezado, que contiene todos los datos relativos al servidor de correo del remitente, su nombre, así como los datos relativos a la transmisión original, su fecha e identificación de la computadora de origen, y datos relativos al buzón del correo electrónico del remitido o receptor del mensaje; y (2) el cuerpo del texto, que refleja la información destinada a la lectura del usuario receptor . La información contenida en el cuerpo del texto del mensaje de datos contiene siempre una parte compuesta por caracteres legibles y en algunos casos puede contener archivos o documentos anexos.

Es importante destacar que la experticia destinada a la verificación de la integridad del correo electrónico puede llegar a establecer su falsedad o forjamiento en caso de comprobarse la creación de mensajes de datos mediante la manipulación directa del protocolo SMTP y los servidores involucrados en la emisión y recepción de los datos. En estos casos, los expertos pueden determinar el forjamiento a través del análisis de todas las partes del mensaje cuestionado, siguiendo las pautas previstas por el RFC 2821. Como contrapartida a ello, la prueba de experticia científica o reproducción judicial también puede establecer la integridad de la transmisión entre emisor y receptor.

La transmisión de mensajes de datos estará sometida a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal, según reza el artículo 5 de la ley sobre mensaje de datos y firmas electrónicas. En cuanto a la firma, el artículo 6 sostiene que:

> cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, el requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos al tener asociado una firma electrónica".

Aquí destaca que los redactores se cuidaron de colocar "firma electrónica" y no "digital. Caso de no haberlo hecho la Ley solo daría valor jurídico a las firmas elaboradas con tecnología de encriptación asimétrica. Para dar mayor certeza y seguridad a las firmas electrónicas, la Ley regula los certificados electrónicos, así como los entes que prestan el servicio. Además se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, como un servicio con autonomía presupuestaria, administrativa, financiera, financiera y de gestión, en las materias de su competencia, dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por cuanto se trata de un área eminentemente tecnológica.

Entre sus funciones tendrá: velar porque se cumplan estándares internacionales, otorgar la acreditación y la correspondiente renovación a los proveedores de servicios de certificación, liquidar, recaudar y administrar las tasas establecidas en el mismo Decreto-Ley, así como las multas establecidas.

En definitiva, la Ley de 49 artículos y cuatro disposiciones finales abona el camino para que en el futuro no lejano, Venezuela se coloque a la

par de otras naciones en cuanto al valor jurídico del comercio electrónico. Todo ello pasa porque el gobierno inicie una acelerada automatización de su infraestructura tecnológica, que permita no sólo agilizar los trámites sino darle validez legal a través de Internet. El Ejecutivo está trabajando en el diseño de las reglamentaciones de la Ley, a la vez que afina los detalles para la instalación de los entes certificadores de firmas y de la superintendencia que los regulará. Se trata de engranar toda la legislación ordinaria y motorizar el comercio electrónico. . En este sentido, hay que atender la validez fiscal de la factura electrónica, a la cual, en la nueva ley, se le reconoce su carácter probatorio.

CAPITULO VI
ESTUDIO JURISPRUDENCIAL DE LAS PRUEBAS LIBRES

Es por medio de la vía Jurisprudencial que se puede entre otras vías, conocer los procesos merced a los cuales funcionan ciertas instituciones legales en nuestro país. Además, analizando la jurisprudencia se está en capacidad de saber como se crea y se elabora la ideología jurídica, la cual es obvio, no solamente está confirmada por sentencias, sino también por doctrinas, leyes y decretos.

En la Legislación venezolana, no existen suficientes y abundantes aportes jurisprudenciales en cuanto a las pruebas libres se refiere, pues como bien lo señala Cabrera, J. (1985, “La exégesis se presenta como límite del futuro”(p.16).

Es por ello que tomando en cuenta la creación de las normas jurídicas que debe hacer el juez para la aportación, substanciación y contradicción de las pruebas libres aportadas en el proceso, el estudio sistemático de las normas se presentan como el pilar fundamental para la solución de los problemas planteados. Sin embargo, en relación a las formas de impugnación de las pruebas libres, Cabrera, J.(1985) señala que existe un aporte Jurisprudencial, Plasmado en una decisión de la Sala de Casación

Civil (de la Extinta Corte Suprema de Justicia hoy día Tribunal Supremo) , de fecha 13 de mayo de 1992, con ponencia del Magistrado Adan Febres Cordero, sobre la forma de Impugnar la Prueba libre escrita, y que señala lo siguiente:

> ...el desconocimiento de la prueba libre escrita más no suscrita, por la parte de la persona a quien se le atribuye su autoría, no puede ser substanciado siguiendo el procedimiento pautado para el desconocimiento de documentos privados, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, cuando se analizó la contradicción de las pruebas libres, se formulo un procedimiento distinto, al previsto para la tacha y el desconocimiento de documentos privados, tomando en cuenta la naturaleza amplia y sui generis de las pruebas libres.

En relación a la eficacia probatoria de las pruebas libres y específicamente de un vídeo grabación, Pierre, O. (1995), señala que la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia 24 de Mayo de 1995 y con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, estableció lo siguiente:

> Conforme a lo previsto por el aparte único del articulo 395 del Código de Procedimiento Civil, en el caso de autos y formando parte del expediente administrativo, el consejo de la Judicatura, a petición reiterada de la recurrente, ha incorporado a dicho expediente, un novedoso medio probatorio, la vídeo - grabación, que no sólo da cuenta por si misma de lo ocurrido en el

> momento en que se celebró el concurso cuya validez se impugna, sino que guarda perfecta relación y concordancia con las demás pruebas traídas al expediente por la recurrente, en especial con las testimoniales de la parte actora, no contradichas por la representación de la República, que la Sala aprecia y valora en su totalidad, en atención a las reglas de la sana critica" (p.162).

En esta decisión deben analizarse varios aspectos; se trata de un procedimiento contencioso- administrativo, mediante el cual se impugna un concurso y la decisión administrativa tomada por el Consejo de la Judicatura por el vicio de desviación de poder. En este proceso se aplican por vía supletoria las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil, por remisión expresa de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente en ese entonces, en las siguientes disposiciones: artículo 81 " las acciones y recursos de que conozca la corte se tramitaran de acuerdo a los procedimientos establecidos en los Códigos y Leyes Nacionales, a menos que en la presente ley o en su Reglamento interno se señale un procedimiento especial". Artículo 88: " Las Reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la corte"
. Artículo 127 aparte único:

> Las reglas del código de Procedimiento Civil respecto de los medios de prueba, admisión y evacuación de las mismas regirán en este procedimiento en cuanto sean aplicables y salvo lo dispuesto en esta ley".

Conforme al contenido de la sentencia bajo análisis, se observa que este medio no fue promovido por la parte recurrente pero aportado por el Consejo de la Judicatura, como Órgano Administrativo recurrido, quien consigno un Vídeo - Grabación, al expediente administrativo a solicitud de parte. En este sentido difiere al procedimiento ordinario, el cual contempla que para la aportación de cualquier medio de prueba al proceso, debe ser promovido previamente.

Sin embargo, se pueden aplicar varios aspectos de su análisis para ser utilizados en el proceso civil ordinario, tales como la aportación de la prueba por alguna de las partes, no haber sido contradicha, en el sentido de no existir aposición o impugnación de la prueba, y su perfecta concordancia con el resto de las pruebas promovidas.

También se debe examinar que el vídeo o cinta cinematográfica no fue aportada al proceso como medio mecánico auxiliar de una prueba legal, pues la misma no fue grabada con la anuencia de los participantes, y sin violar un derecho o garantía constitucional, sin violación del domicilio, ni del secreto sumarial, aspectos fundamentales que prescriben la eficacia probatoria de las pruebas libres.

Este aporte Jurisprudencial, además establece un procedimiento aplicable para las normas de promoción de pruebas. En efecto, la cinta cinematográfica o vídeo - grabación fue aportada al proceso como tal (cinta o vídeo), no fue trascrito su contenido o testimonio, como lo permite la norma del articulo 189 del Código de Procedimiento Civil, cuando se utilizan los medios o instrumentos mecánicos de reproducción como auxiliares de la prueba de inspección judicial, confesión o testimoniales juradas. Empero, la sentencia bajo análisis nada dice sobre la forma de evacuación, en el

sentido de si es indispensable que la parte interesada, presente los instrumentos y medios necesarios para el examen de la prueba promovida. Tampoco, nada se plantea sobre la oportunidad o lapso de evacuación en el sentido de establecer un término fijo para la revelación del vídeo, para mantener la igualdad de derecho a la contradicción se erige como principal evidencia.

La revelación de la cinta es fundamental, tanto para la contradicción de la prueba por las partes como para la valoración de la misma por el órgano jurisdicción. En cuanto a las normas de valoración, fueron aplicadas las reglas de la sana crítica, y en cuyo caso se le otorgo plena eficacia probatoria a la prueba libre promovida.

En relación a la libertad de medios probatorios y la conveniencia de admitir todas las pruebas salvo su apreciación en la definitiva, la Corte Suprema de Justicia estableció lo siguiente:

En virtud del principio de orden consecutivo legal que domina el procedimiento, el cual aparece consagrado en la norma contenida en el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, el juicio se abre a pruebas sin necesidad de decreto o providencia.

Si bien es cierto que la promoción de pruebas, es una carga fundamental que corresponde a las partes y va dirigida a averiguar hechos, situaciones, verificar la exactitud o el error de una proposición; tratar de demostrar la verdad o falsedad de las situaciones planteadas; no es menos cierto que la recepción, apreciación o valoración de ellas; compete al juez en las fases de instrucción y valoración para lograr el esclarecimiento y la verdad o falsedad de los hechos planteados por las partes.

En el presente caso, el juicio se encuentra en la etapa de instrucción y recepción de las pruebas promovidas por las partes y como ya se indico, el juez las admitió y en especial la de experticia, por no ser ilegales ni impertinentes, salvo su apreciación en la definitiva, ateniéndose así a lo previsto en el artículo 399 del Código de Procedimiento Civil que dice:

> Si el juez no providenciare los escrito de prueba en el termino que se le señale en el articulo anterior, incurrirá en una multa disciplinaria de Quinientos Mil Bolívares, que le impondrá el superior de acuerdo con el articulo 27; y si no hubiera oposición de las partes a la admisión. Estas tendrán derecho a que se proceda a la evacuación de las pruebas, aun sin providencia de admisión. Si hubiera oposición sobre el la admisión de alguna prueba no se procederá a evacuar estas sin la correspondiente providencia.

Esto no quiere decir que el juez al hacer uso de la facultad que tiene admitirlas cuando a su criterio sean legales y pertinentes ya las este valorándolas y apreciándolas, puesto que esto ultimo esta sometido de la sana critica, y la apreciación libre y soberana del juez a que hacen referencia los artículos 507, 170, 243, ordinal 4º ejusdem. Y estableciendo el artículo 395 ejusdem que:

> Son medios de pruebas admisibles en juicio, aquellas que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, y que

> consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuaran aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Evidenciándose de dicha trascripción que nuestro legislador adjetivo fue amplio al consagrar allí la libertad de medios probatorios cuando dice: ”cualquier otro medio de prueba no prohibido por la Ley”, se hace precedente la prueba promovida, máxime cuando en el caso bajo análisis, la experticia sobre le cheque acompañado, lo es a fin de probar que no esta afectado de tachaduras, enmendaduras y adulteraciones a simple vista. Por otra parte estima esta alzada, que la experticia no es una prueba prohibida por la Ley, y por lo tanto es admisible y es pertinente por cuanto el hecho que se trata de probar con el medio, se corresponde con aquel articulado en el escrito libelar, y así se establece.

Comparte y hace suyo esta alzada el criterio sustentado por nuestra Casación en el sentido de que: “el auto de admisión de las pruebas no constituye cosa juzgada respecto a la estimación de las pruebas no constituye cosa juzgada respecto a la estimación de las mismas, las cuales pueden desecharse en definitiva, si hubiere para ello un motivo legal”.

Igualmente se ha venido sosteniendo la conveniencia de admitir las pruebas en su etapa inicial, ya que su negativa impediría apreciarlas durante el debate judicial, siendo perjudicial para la parte tal negativa, ya que no podría ser reparado en la definitiva el perjuicio causado, y así declara.

(Sentencia del Juzgado Superior Noveno en lo Civil, Mercantil y del Transito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda del 22 de junio de 1992, de la Magistrado Dra. Gladis Centeno Lusinchi, en el juicio de industrial Inyectofibra C.A. contra Banco Exterior C. A., en el expediente nº 3.932).

Haciendo un a análisis de otra sentencia del tribunal supremo de justicia que tiene que ver con la valoración de los mensajes de datos remitidos por correo electrónico promovidos como pruebas en el juicio. Concibiendo un **Resumen de los hechos** La sociedad mercantil **PDV-IFT, PDV-INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES, S.A.**, interpuso demanda contra las sociedades mercantiles **INTESA INFORMÁTICA, NEGOCIOSY TECNOLOGÍA, S.A.** y **SAIC (BERMUDA) LTD**, para declarar disuelta a INTESA y proveer a su liquidación, conforme a lo pautado en el Código de Comercio, los Estatutos Sociales y el Convenio de Asociación".

Atendiendo a la necesidad de facilitar la comprensión del fallo, la Sala estimó pertinente tratar, con carácter previo, la valoración de algunas probanzas producidas en la causa; entre ellas, cinco mensajes de datos promovidos por la parte actora, remitidos por correo electrónico. En dichos mensajes, se especifican los puntos a tratar en reuniones de Junta Directiva de INTESA, se realizan convocatorias para reuniones extraordinarias de Junta Directiva de INTESA y, se hacen alusiones a la Asamblea Anual Ordinaria de Accionistas de INTESA.

Resumen de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia

La valoración de los mensajes de datos, entendidos éstos como toda información inteligible generada por medios electrónicos o similares que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio, se rige por la normativa prevista en el Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en Gaceta Oficial No. 37.148 del 28 de febrero de 2001 (en adelante, LMDFE) y por el Código de Procedimiento Civil, texto legal aplicable por remisión expresa del artículo 4 de la LMDFE.

En concordancia con la previsión anterior, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que enuncia el principio de libertad probatoria. De acuerdo a los dispositivos transcritos y tratándose de mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, éstos tendrán la misma eficacia probatoria de los documentos sobre soporte papel. Sin embargo, su promoción, control, contradicción y evacuación deberán regirse por lo que el legislador ha establecido para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

Así, para tramitar la impugnación de la prueba libre promovida, corresponderá al juez emplear analógicamente las reglas previstas en el referido texto adjetivo sobre medios de prueba semejantes, o implementar los mecanismos que considere idóneos en orden a establecer la credibilidad del documento electrónico.

Dicho esto, y volviendo al caso de autos, observa la Sala que el valor probatorio de las impresiones de los correos electrónicos consignadas, es el que debe darse a las pruebas documentales. En este sentido, se aprecia que

los referidos mensajes de datos fueron enviados por *FERRERO, HORST ALEJANDRO* a los ciudadanos Oswaldo Contreras y Jorge Baralt; además, cuentan con un logo de INTESA que deviene en firma electrónica, entendida en los términos expresados en su artículo 2.

Para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico, definido en el mismo dispositivo como "*Mensaje de Datos proporcionado por un Proveedor de Servicios de Certificación que le atribuye certeza y validez a la Firma Electrónica*".

Ahora bien, como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, servicio autónomo que el texto legal en estudio ordenó crear a los fines de la acreditación, supervisión y control de los proveedores de servicios de certificación públicos o privados, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido.

No obstante lo dicho, estima la Sala que en razón de que la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, lo procedente, en aplicación de los medios probatorios previstos en el Código de Procedimiento Civil, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido.

Así, se observa que tanto el emisor como el destinatario resultan ser terceros ajenos al juicio que ha dado lugar a este fallo, ambos debieron ratificarlos por vía testimonial a tenor de lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil. Así, la ausencia de ratificación de las

impresiones de los mensajes de datos tiene por consecuencia la desestimación de las referidas probanzas en el mencionado juicio por la Sala.

La argumentación de la resolución puede resumirse en los siguientes puntos: Primero el logo de INTESA puede devenir en firma electrónica, entendida en los términos expresados en su artículo 2 LMDFE. Segundo para considerar que el mensaje transmitido con firma electrónica es cierto, es preciso que cuente con el certificado electrónico. Tercero como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido. Cuarto tal falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, por lo tanto, lo procedente, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido.

Comentarios a la sentencia.

En la presente sentencia plantea que por aseveración expresa del artículo 4 de la LMDFE, que tan igual a los documentos escritos sobre soporte papel, los mensajes que han sido formados y transmitidos por medios electrónicos, tendrán la misma eficacia probatoria. Un concepto genérico de documento lo describe como un escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo; escribir es representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados en papel u otra superficie. Aunque escrito, funciona como sinónimo de documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso, en realidad la superficie donde se representan las ideas o las palabras puede ser

también electromagnética o de cualquier otro tipo de las utilizadas por la informática y la representación de las palabras puede realizarse con otros signos, por ejemplo, la codificación binaria de los mensajes de datos.

En conclusión, la noción de documento es amplia y en ella tiene cabida la idea de documento electrónico, como aquel soporte electrónico o informático sobre el que se encuentran palabras u otros signos que identifican ideas. Una noción amplia de documento electrónico lo entiende como aquel formado cuando la electrónica, la informática y/o telemática intervienen en la elaboración de cualquiera de los elementos del documento. Sin embargo, nos interesa una noción estrictamente jurídica de documento electrónico, en la cual no encaja una visión tan genérica del mismo.

Desde este punto de vista más restringido, documento electrónico es la representación idónea capaz de reproducir una manifestación de voluntad, materializada a través de las tecnologías de la información sobre soportes informáticos, que se expresa a través de mensajes digitalizados que requieren de maquinas para ser percibidos y comprendidos por el hombre. De tal forma que documento electrónico debe entenderse como los datos creados mediante el intercambio de Mensajes de Datos con una estructura determinada (por ejemplo el EDI) o mediante una estructura abierta (páginas web). De la noción de documento electrónico, surge necesariamente la noción de Mensaje de Datos, pues constituye un documento electrónico por excelencia; para definirlo es obligatorio remitirse a su definición legal, contenida en el artículo 2 de la LMDFE, a saber.

Toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio. Ahora bien, para valorar desde el punto de vista probatorio un Mensaje de Datos, es necesario

diferenciar los Mensajes de Datos que reúnen las condiciones del artículo 8 de la LMDFE y aquellos que no las reúnen, a saber:

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. Tal condicionamiento del Mensaje de Datos, no significa más que la aplicación del principio de equivalencia funcional de los Mensajes de Datos respecto de los documentos escritos sobre soporte papel.

Ahora bien, interesa ahondar sobre algunas manifestaciones concretas de la regla de la equivalencia funcional, en relación con: La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto del documento escrito. La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto del documento original. La equivalencia funcional del Mensaje de Datos respecto de la prueba documental. Todas estas manifestaciones de la equivalencia no discriminatoria hacen referencia a las condiciones necesarias para que los Mensajes de Datos resulten funcionalmente equivalentes a los documentos escritos, originales y que además funcionen como prueba documental.

Mensaje de datos y documento escrito

La equivalencia funcional entre el Mensaje de Datos y el documento escrito solo podrá producirse cuando los mensajes de datos reúnan características que permitan su intercambio físico (no jurídico) con el papel (Illescas Ortíz, 2001). El artículo 8 de la LMDFE establece expresamente que 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, requisito que quedará satisfecho mediante la conservación de los Mensajes de Datos, bajo tres condiciones especificas, a saber:

Como primera condición tenemos que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente. Haciendo alusión a lo que en doctrina se llama recuperabilidad del Mensaje de Datos. La recuperabilidad es una condición física del Mensaje de Datos en virtud del cual el mensaje debe permanecer accesible para su ulterior consulta por las partes involucradas, después de haber sido enviado y recibido.

Esta recuperabilidad del mensaje depende también de la capacidad del Sistema de Información utilizado, el cual necesariamente debe estar capacitado para ello. Por ejemplo, un Mensaje de Datos firmado electrónicamente, debe aplicarse la correspondiente clave pública por el destinatario, y es a partir de dicho momento, si se archiva el mensaje, que este podrá ser consultado y recuperado posteriormente cuantas veces se desee por el iniciador, por el destinatario o por un tercero .

La segunda condición viene dada a la conservación del formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. Esto significa que para que el Mensaje de Datos resulte funcionalmente equivalente a los documentos escritos, la información recuperada por el Sistema de Información debe necesariamente concordar con la totalidad del mensaje de datos a consultar; si falta algo o está alterado su contenido, el mensaje de datos afectado no será equivalente a un documento escrito. Tal condición alude a la integridad del mensaje de datos; la Ley considera 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 (artículo 7 de la LMDFE).

Encontrándonos con una tercera pero no menos importante condición de 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.

Mensaje de datos y documento original.

La LMDFE establece en su artículo 7 ciertos requisitos a los Mensajes de Datos para que pueda establecerse su equivalencia con los documentos originales, a saber:

Indudablemente debe existir en primer término la conservación íntegra y sin alteraciones del Mensaje de Datos, desde el momento en que se genero hasta el momento en que dicha información es objeto de utilización frente a terceros como original, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Debe coexistir la disponibilidad del Mensaje de Datos, lo cual apunta necesariamente a su recuperabilidad. Cumplidos ambos requisitos, un Mensaje de Datos debe considerarse original, aún cuando su primera recuperación no agote las posibilidades de su reproducción, de lo que puede concluirse que todo Mensaje de Datos conservado íntegramente en un soporte informático y disponible para ulteriores consultas es siempre un original, porque bajo estas condiciones, respecto a los Mensajes de Datos no existen copias solo originales.

Mensaje de datos y prueba documental escritos

El valor probatorio del documento electrónico está plenamente admitido en Venezuela, el artículo 4 de la LMDFE consagra la eficacia probatoria del documento electrónico, a saber: Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. De esta forma se establece una regla general de no discriminación desde el punto de vista probatorio, de los Mensajes de Datos respecto de los documentos escritos, sin perjuicio de las solemnidades o formalidades que la Ley exija para determinados actos o negocios jurídicos. Después, el precepto establece un criterio específico para la promoción, control, contradicción y evacuación de la prueba, el de los medios de prueba libre.

La citada norma aclara la situación procesal en Venezuela de este tipo de prueba, sin embargo, aparta innecesariamente nuestra legislación de la tendencia doctrinal y jurisprudencial internacional, que se caracteriza por la postura de considerar la prueba documental como la más adecuada para presentar en juicio el documento electrónico que resulta equivalente al documento escrito y al documento original. Los documentos electrónicos en general, pueden y deben subsumirse en el concepto de documento en cuanto cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado. La prueba por escrito aparece regulada en los artículos 1.355 y siguientes del Código Civil y en los artículos 429 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, normativa que no prevén los documentos electrónicos.

La falta de atención de los legisladores a estados de progreso científico, no significa que la doctrina y la jurisprudencia deban quedarse

estáticas y pasivas, frente a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su adecuación a la realidad histórica, social y científica presente y complementación del ordenamiento jurídico. De la lectura de los artículos mencionados no se da prohibición expresa de la utilización de estos tipos de medios probatorios y los artículos 1355 del Código Civil y 395 del Código de Procedimiento Civil no están herméticamente cerrados al efecto.

En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad, mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstos para la prueba por escrito. Dice el artículo 1.355 del Código Civil que el instrumento redactado por las partes y contentivo de sus convenciones es sólo un medio probatorio; su validez o su nulidad no tienen ninguna influencia sobre la validez del hecho jurídico que está destinado a probar, salvo los casos en que el instrumento se requiera como solemnidad del acto.

Así por ejemplo, si dos personas celebran un contrato por medio de un correo electrónico y otras dos, documentan su contrato sobre soporte papel; quienes contrataron por medios electrónicos podrán aportar a juicio el documento electrónico como prueba libre y las otras personas, aportan el mismo contrato como prueba documental. ¿Por qué la diferencia? Ambos instrumentos contienen los acuerdos suscritos por las partes, lo cual en función del artículo 1.355 del Código Civil los incluye en el concepto jurídico de prueba por escrito que puede resultar de un instrumento público o privado (artículo 1.356 del Código Civil), según haya sido autorizado por un funcionario público (instrumento público) o simplemente reconocido por las partes (instrumento privado).

Respecto a la admisión de la prueba del contrato contenido en soporte informático, se aporta como medio de prueba el dispositivo de memoria informática que contenga el contrato; en este caso ha de considerarse el soporte como un documento, entendido “documento” como cualquier soporte contentivo de una declaración de voluntad, y promover una experticia para hacer comprensible su contenido al juez y a las partes. Respecto a la valoración de la prueba, ésta queda sometida ala libre apreciación del juez. El problema radica que, en condiciones normales, los contratos electrónicos contenidos en soportes informáticos, podrían ser vulnerados por las partes; dicha vulnerabilidad debe ser eliminada mediante la implementación de tecnologías (firma electrónica) que lo permitan y de la intervención de terceros confiables.

Esto llevaría a la consecución de un valor probatorio análogo al de los documentos escritos en soporte papel. En este sentido, la LMDFE reconoce la fuerza probatoria y la validez jurídica de la firma electrónica, así como, de la información (Mensaje de Datos) que ésta contenga (artículo 16). De forma que, la firma electrónica otorgará a un Mensaje de Datos la misma valoración probatoria y los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita, actualmente regulada.

Al respecto sostiene el Tribunal Supremo que como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido. Lo cual es necesariamente cierto, toda vez que la intervención de una o mas de una, terceras partes de confianza que emitan certificados que, a la vez que sirvan para distribuir la clave pública, sirvan, de forma fundamental, para asociar de forma segura la identidad de una persona concreta a una clave pública

determinada, es la única manera de establecer una vinculación segura y con ello la seguridad y certeza que atribuyan validez y eficacia probatoria a la firma electrónica.

La asociación entre unas claves y un posible firmante, la emite una autoridad de certificación mediante un certificado. Una firma digital verificada utilizando un certificado emitido por un Proveedor de Servicios de Certificación tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. Sin embargo, la valoración probatoria del documento electrónico debe admitir la existencia de distintos tipos de documentos, clasificados a partir de las diversas clases de firmas electrónicas, con distintos niveles de seguridad (las que reúnen los requisitos del artículo 16 de la LMDFE y las que no los reúnen) y el cumplimiento además, por parte de los mensajes de datos de las condiciones que lo hacen funcionalmente equivalentes a los documentos sobre papel, pautadas en el artículo 8 de la LMDFE, lo cual supone, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de distintos efectos. Así tenemos:

1. Documentos electrónicos funcionalmente equivalentes al documento sobre papel con la firma electrónica que reúna los requisitos del artículo 16 de la LMDFE.
2. Documentos electrónicos funcionalmente equivalentes al documento sobre papel con la firma electrónica que no cumpla los requisitos señalados en el artículo 16 LMDFE.
3. Documentos electrónicos no equiparables al documento escrito con la firma electrónica que no cumpla los requisitos señalados en el artículo 16 de la LMDFE.

De acuerdo al tipo de documento electrónico así será su valoración como prueba y, aunque no existe una disposición expresa que establezca que el documento electrónico (Mensaje de Datos) pueda presentarse en el proceso como prueba documental, y el artículo 4 de la LMDFE expresamente establece su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba libre, en virtud del principio de equivalencia funcional que rige el Derecho del Comercio Electrónico y, por la remisión del mismo artículo 4 de la LMDFE al Código de Procedimiento Civil, puede considerarse admitir en juicio como prueba documental aquellos que por cumplimiento de las condiciones del artículo 8 de la LMDFE resulten funcionalmente equivalentes a los documentos en soporte papel y que además, se encuentren firmados electrónicamente bajo el esquema del artículo 16 de la LMDFE.

En cuanto a la valoración de las pruebas, al no existir un sistema tasado para estas pruebas, el juez debe acudir a la sana crítica, de acuerdo a lo pautado en el artículo 507 Código de Procedimiento Civil.

Para terminar el comentario, es argumento de la Sala que como la falta de certificación electrónica no puede ser atribuida a la parte que se quiere servir de las pruebas emitidas por medios electrónicos, por lo tanto, lo procedente, es analizarlas tomando en cuenta otros aspectos que se evidencian de su contenido; pero además, deben tomarse en cuenta circunstancias que incidan en la prueba y que naturalmente se evidencien de ella, así por ejemplo, el contenido de los derechos que pretendan probarse (por ejemplo, si se trata de derechos fundamentales), en este caso, debe vincularse el Mensaje de Datos con cualquier otro medio de prueba, que permita llevar al juez la certeza de su forma y contenido.

Para concluir con el análisis de la sentencia, en primer lugar desde el punto de vista jurídico, no puede hablarse de un único tipo de documento electrónico, por el contrario, debe admitirse la existencia de diferentes clases de documentos electrónicos, clasificados a partir de los diversos tipos de firmas electrónicas y del cumplimiento además, de las condiciones que lo hacen funcionalmente equivalentes a los documentos sobre papel, pautadas en el artículo 8 de la LMDFE, lo cual supone, desde el punto de vista jurídico, el reconocimiento de distintos efectos para cada uno de ellos.

En segundo lugar, de acuerdo al tipo de documento electrónico, así será su valoración como prueba y, aunque no existe una disposición expresa que establezca que el documento electrónico (Mensaje de Datos) pueda presentarse en el proceso como prueba documental, y el artículo 4 de la LMDFE expresamente establece su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba libre, en virtud del principio de equivalencia funcional que rige el Derecho del Comercio Electrónico y, por la remisión del mismo artículo 4 de la LMDFE al Código de Procedimiento Civil, puede considerarse admitir en juicio como prueba documental aquellos que por cumplimiento de las condiciones del artículo 8 de la LMDFE resulten funcionalmente equivalentes a los documentos en soporte papel y que además, se encuentren firmados electrónicamente bajo el esquema del artículo 16 de la LMDFE.

En cuanto a la valoración de las pruebas, al no existir un sistema tasado para estas pruebas, el juez debe acudir a la sana crítica. En tercer lugar Evidentemente el documento electrónico funcionalmente equivalente al documento sobre papel, del cual habla el artículo 4 de la LMDFE es aquel que requiere estar avalado por una firma electrónica certificada y por lo tanto, acordes estamos con la doctrina expresada por la Sala en que como aún no

ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen la certeza de forma y contenido que exige el referido artículo 4 de la LMDFE.

No obstante, la certeza probatoria de un Mensaje de Datos no puede ser desechada a priori, sino que va a depender del tipo de documento electrónico al cual se haga referencia y de otros aspectos y circunstancias que se evidencian de su contenido, que deben ser tomados en cuenta por el Juez en el momento de efectuar su análisis.

CONCLUSIONES

Desde el punto de vista jurídico se lograron las siguientes conclusiones, las cuales se esbozan de la manera siguiente:

La prueba en sentido amplio, abarca tres aspectos a saber: como medio o vehículo utilizado por las partes (medio de prueba); como esencia de estas (razones o motivos que de esos medios se deducen a favor de la inexistencia de los hechos alegados); y como resultado subjetivo obtenido en la conciencia del juez.

Sin embargo, se demostró desde el punto de vista estricto, prueba difiere de medios de prueba, siendo la primera las razones o motivos que sirven para llevarle al juez la certeza de determinados hechos; y el ultimo, los elementos legales que se emplean para llevarle al juez esas razones y motivos.

Es por ello al hablar de pruebas libres debe adoptarse una concepción que envuelva no solo la función de probar sino la consecuencia de producir en el animo del juez la convicción sobre lo que es objeto de prueba.

La regulación de las pruebas libres fue una innovación establecida en el Código de Procedimiento Civil y que tiene relevancia en cualquier proceso. Éstas pruebas, llamadas también Innominadas, constituyen la forma y manera de llevar al convencimiento del juez los hechos debatidos en el proceso, y que con anterioridad a la reforma de dicho cuerpo legal solo podía hacerse a través de los medios de prueba establecidos taxativamente en el Código Civil (Documental, Testimonial, Presunciones, Inspección Ocular,

Experticia, confesión y Juramento) . Cabe destacar que antes de la reforma ya señalada, existía regulación expresa de las pruebas libres en los procesos penales especiales, como Droga y Salvaguarda.

Estas pruebas libres tienen que diferenciarse de cualquier otro medio bien sea instrumentos o procedimientos mecánicos utilizados como auxiliares de otros medios probatorios tipificados en la ley, como se prevé en el código procesal civil, en donde se permite la reproducción fonográfica, fotográfica o cinematográfica para levantar actas, evacuaciones de inspecciones judiciales, testimoniales, o la reconstrucción de hechos; que no constituyen pruebas libres sino instrumentos auxiliares de medios de prueba legales.

Se sugiere acoger, al lograr un estudio sistemático, la siguiente propuesta taxonómica:

-Documentos no suscritos por las partes otorgantes.

-Instrumentos representativos de acciones o situaciones no declarativas,

-Medios que solo se promueven y son aportados al proceso durante la etapa de evacuación de pruebas.

-Medios escritos y gráficos producidos a través de maquinas electrónicas, mecánicas y digitales.

-Medios gráficos producidos a través de maquinas cuyos hechos no pueden ser captados, descifrados, sino por el auxilio del informe o explicación de un experto.

La situación que se plantea ante el vacío jurídico existente en el Código de Procedimiento Civil Vigente, sobre las normas procedimentales de

estos medios de pruebas permitidos por la ley, pero no previstos en cuanto a su promoción evacuación, contradicción y valoración.

La promoción y evacuación de las pruebas libres va a depender de la naturaleza de la misma. Luego al analizar la contradicción de las pruebas nos encontramos con que la misma tiene carácter activo cuando se trata de la impugnación logrando quitarle eficacia a la prueba ya incorporada al proceso y pasiva en el caso de la oposición que tiene por objeto que la prueba no ingrese al proceso.

La oposición se verifica por impertinencia o ilegalidad; la impertinencia surge por razones de: Carecer de objeto, incongruencia, inutilidad, ininteligible, prejuiciosa, falta de identidad. En cambio la ilegalidad se presenta por tratarse de pruebas extemporáneas, por indisponibilidad del medio, por ser subsidiaria, por transformar medios o violar derechos constitucionales. La impugnación se considera el mecanismo se ataca la falsedad y la ilegalidad como vicios que compromete la autenticidad de la prueba.

La valoración de las pruebas en el ordenamiento procesal venezolano es mediante el sistema de tarifa legal y la sana critica, entendiendo éstas como las reglas del correcto entendimiento humano, contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse.

El grado de eficacia de la prueba libre puede variar, dependiendo de la certeza producida en la mente del juzgador, la probabilidad o el desconocimiento de los hechos objeto de prueba.

Además debido a los avances tecnológicos de la ciencia cada día se implementan diversidad de medios probatorios los cuales deberán ser analizados por los jueces, para lograr de esta manera una mejor apreciación de los hechos, y la posibilidad de que las decisiones sean basadas en la verdad real, y no solamente en la verdad formal, procurándose una justicia eficaz.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Adreani Costa,I (1994). **Eficacia Probatoria del telex**. Revista de Derecho Privado. 4 caracas: jurídica Alva S.R.L.

Bellafranca,R (1986). **La Eficacia Probatoria de Telex**. Revista de derecho Probatorio. 1. Caracas: jurídica Alva S.R.L.

Bello Lozano, H.(1979) **Derecho Probatorio** (Tomo I). Caracas: librería La Lógica; C.A.

Cabrera Romero, J. (1989). **Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre**. Caracas. Jurídica Alva . S.R.L

Carnelutti, F. (1995). **La Prueba Civil**. Buenos Aires: Ediciones Arayu.

Chiovenda, F. (1954). **Instituciones de Derecho Procesal Civil** (vol.III) Madrid: De Derecho Privado.

Codigo de Procedimiento civil. (1986). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. Nr. 3.694 (Extraordinario). Enero 22 de 1986.

Codigo Civil. **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** Nr. 2990 (Extraordinaria). Julio 26 de 1982

Couture, E. (1981). **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**: Buenos Aires: Depalma.

Devis Echandia, H. (1981) Teoria General de la Prueba Judicial (vol. I-II Buenos Aires: Zabala.

Henrique La Roche, R. (1991). **Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Civil** (4 ed.). Maracaibo: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.

Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Decreto 1.024 . 10 de febrero 2002

Ramirez Torres, N. (1991). **La Tacha del Documento Privado**: Caracas Paredes Editores.

Redenti, E. (1957). **Derecho Procesal Civil** (Tomo I) Buenos Aires Ediciones Jurídicas Europa-América.

Landaez Otazo, L **Valor Probatorio del e-mail,** Revista EntornoEmpresarial.com. Publicado en Junio 2008.

Salgueiro, Jose O, **Derecho y Tecnología**, San Cristóbal, Táchira Nro.1 , 2002