

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA
Y SU PRESENTACIÓN EN JUICIO**

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al Grado
de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Victor José Marval Palma
Asesor: José Carlos Blanco Rodríguez.

Puerto Ordaz, julio de 2010

DEDICATORIA

A Dios Todopoderoso, por guiarme, colmar mi vida de bendiciones, y permitirme lograr esta meta.

A mis padres, Victor Jesús y María Teresa, por darme la vida, sus sabios consejos, su amor y su apoyo incondicional.

A mi preciosa novia, Adriana, porque la amo infinito, por ser mi musa, y por llenar mi vida de infinito amor, felicidad y alegría.

ÍNDICE GENERAL

	pág
DEDICATORIA	ii
RESÚMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
NOCIONES GENERALES SOBRE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS	
DEFINICIÓN	4
NATURALEZA	10
CAPITULO II	
ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS	
DEFINICIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS	16
NATURALEZA DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS	21
PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS	27
VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS	58
CAPITULO III	
CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES	77
SOBRE LAS PRUEBAS ELECTRONICAS	

CAPITULO IV.	
CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRUEBAS ELECTRONICAS EN EL DERECHO COMPARADO	79
CONCLUSIONES	85
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**VALORACIÓN DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA Y
SU PRESENTACIÓN EN JUICIO**

Autor: Víctor José Marval Palma
Asesor: José Carlos Blanco Rodríguez
Fecha: julio 2010

RESÚMEN

La presente investigación tiene como finalidad analizar la forma valoración de las pruebas electrónicas y su presentación en juicio. Se estudiará la naturaleza jurídica de las pruebas electrónicas, se estudiara el tratamiento normativo en Venezuela sobre el documento electrónico, los sistemas de valoración de las pruebas electrónicas, calificación de las pruebas electrónicas como pruebas documentales o como pruebas libres, y formas de promoción de las pruebas. Se utilizará como base normativa la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. Toda la investigación se apoyará en fuentes bibliográficas y documentales, necesarias para cumplir los objetivos planteados dirigidos a abordar su forma de valoración y promoción en juicio. Se trata de una investigación monográfica, a nivel descriptivo, reforzada por el uso de la técnica de análisis de contenido y comparativo. El instrumento por utilizarse será el correspondiente a la matriz de análisis e interpretación de la información recogida y su categorización y codificación. Todo el análisis e interpretación de la información que se extraiga de las diversas fuentes, como la doctrina, las leyes y la jurisprudencia, se hará de manera lógica y utilizado los criterios de analogía y los principios generales del derecho.

Descriptores: Prueba electrónica, documento electrónico, pruebas libres, firmas y datos electrónicos.

INTRODUCCIÓN

Venezuela avanza aceleradamente hacia la actualización en materia de tecnologías de información y de las comunicaciones. En los últimos años esta evolución tecnológica ha revolucionado a nivel mundial las diferentes áreas del conocimiento y de las actividades humanas, fomentando el surgimiento de nuevas formas de trabajar, aprender, comunicarse y celebrar negocios.

Estas tecnologías de información utilizan medios electrónicos y redes nacionales e internacionales como una herramienta para realizar intercambios de todo tipo, incluyendo el comercial a través de la transferencia de informaciones de un computador a otro sin necesidad de utilizar documentos escritos en papel, lo que permite ahorro de tiempo y dinero.

Esta originó en nuestros legisladores la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico una regulación de las transacciones por medios

electrónicos, y en consecuencia de establecer el valor probatorio de tales medios en los procesos judiciales, sin que quede al libre arbitrio del juez considerar su validez probatoria, en caso de controversia.

Así fue que se creó el Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que tiene vigencia en Venezuela desde febrero de 2001, que implica un gran avance para el ordenamiento jurídico venezolano, tanto en el ámbito jurídico como en el tecnológico.

Los países con mayor experiencia, legislaciones y prácticas más depuradas en el tema, tales como, España, Francia e Italia, han servido como base para moldear nuestra legislación sobre los documentos electrónicos, pero solo se han tomado los principios básicos, todavía existe timidez en cuanto a la regulación y utilización de los medios de prueba electrónicos. Sin embargo, se sabe que algunos hechos pueden llevarse a la convicción de otras personas, mediante la presentación en el juicio de mensajes de datos o certificaciones electrónicas.

Así tenemos que algunos hechos pueden llevarse a la convicción del juez mediante la presentación en juicio de documentos electrónicos, mensajes de datos o certificaciones electrónicas; pero en lugar de eso, tales medios son usualmente descartados por los usuarios del sistema de justicia por

desconocer su importancia y utilidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En la práctica judicial cotidiana, se prefiere continuar con los medios de prueba tradicionales, antes de utilizar medios modernos como los electrónicos, aun cuando en el resto de los ámbitos de la vida sucede todo lo contrario.

Son muy pocos los abogados que se atreven a llevar al proceso medios de prueba electrónicos, y menos aún son los jueces que favorecen el uso de ellos. Y si esta situación permanece así, nos estancaremos en un sistema arcaico y disconforme con la modernidad y tecnología, en la que prácticamente todos los trámites cotidianos que antes debíamos realizar manualmente y en persona, actualmente exigen la utilización de medios electrónicos, tal como sucede con la inscripción en los sistemas de identificación y extranjería, la inscripción en el SENIAT y el comercio electrónico, entre otros.

De manera que es necesario profundizar en este tema, y desarrollar conciencia tanto en los abogados como en nuestros operadores jurídicos, de la importancia, utilidad y eficacia del empleo de los medios de prueba electrónicos en los procesos judiciales.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES SOBRE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS

A. DEFINICIÓN

Antes de plasmar una definición de las pruebas electrónicas, es necesario realizar algunas precisiones sobre las pruebas en general.

La prueba, es la demostración de la verdad de un hecho, y más precisamente, es la demostración, por alguno de los medios que la ley establece (art. 970), de la verdad de un hecho del cual depende la existencia de un derecho. La prueba de los actos jurídicos es independiente de su existencia. Mientras la forma debe existir al tiempo de celebrarse el acto (por ser un elemento esencial), la prueba podrá existir desde entonces o solo posteriormente. Un acto podrá existir (y en consecuencia tendrá forma) aunque luego pueda no ser probado.

La palabra prueba tiene varias acepciones, una de las cuales se refiere a los medios de prueba, que son los elementos que la ley admite con fuerza probatoria, es decir con aptitud para acreditar la verdad del hecho. Una especie del género medios de prueba lo constituye la llamada prueba documental, que consiste en acreditar la verdad del hecho utilizando documentos.

Documento e Instrumento. Podemos definir al documento como una cosa que, formada en presencia de un hecho, está destinada a fijar de modo permanente, una representación verbal o figurativa, de modo que puede hacerlo conocer a distancia del tiempo. Dentro del género documento, encontramos los denominados instrumentos, que están expresamente contemplados en el Código Civil, como instrumentos públicos e instrumentos privados (art. 979 y 1012). El instrumento, especie del género documento está íntimamente vinculada a la forma escrita. En realidad, la concepción tradicional de documento lo ha asimilado con la escritura, relacionando el concepto de documento a lo escrito, entendiendo por tal a un conjunto de símbolos o caracteres desarrollados en lenguaje accesible al hombre y aplicado sobre soporte papel o similar, capaz de receptar una grafía. Sin embargo, existen y cada vez en mayor medida, otros medios que sin ser escritos, documentan y acaso con mayor fidelidad hechos y circunstancias de la vida real y comercial, tales como las fotografías, las películas cinematográficas, los microfilms, los discos o cintas fonográficas, etc., lo que revela que la escritura no es el único método de documentación.

El documento es una cosa que hace conocer un hecho, que lo representa, por contraposición al testigo, que es una persona que narra un hecho. Siempre está presente la noción de "representación", que debe ser material,

destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento, con prescindencia de la forma en que esa representación se exteriorice.

Documento electrónico: En sentido estricto, el documento electrónico es el que aparece instrumentado sobre la base de impulsos electrónicos y no sobre un papel. Es el conservado en forma digital en la memoria central del ordenador, o en las memorias de masa, y que no puede ser leído o conocido por el hombre sino como consecuencia de un proceso de traducción que hace perceptible y comprensible el código de señales digitales. En esta materia se ha distinguido entre los documentos introducidos en la memoria de base a través de la intervención humana y los introducidos por medio de una máquina (lector óptico). También se distingue en relación al documento electrónico en sentido amplio, entre la documentación (simple operación representativa) y la reproducción o repetición de la declaración del negocio. Se señala que la declaración sucesiva que naturalmente tiende a facilitar la prueba, no la produce el mismo sujeto autor de la primera, sino el ordenador, pero la misma voluntad que dio vida a la declaración precedente (que queda contenida en el ordenador) al mismo tiempo admitió que fuera plasmada en un documento elaborado por éste.

El documento electrónico, conserva los principios básicos de la prueba documental ordinaria.

De manera que podemos entender el documento electrónico como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducido.

Ahora bien, atendiendo al contenido de los mensajes de datos, es innegable su carácter documental. El soporte electrónico es portador de manifestaciones de la voz o del pensamiento humano y, por ende, tiene vocación probatoria. Por ello compartimos plenamente la opinión de quienes afirman que “actualmente, el concepto de documento no puede reservarse ni ceñirse exclusivamente al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana escrita, desde el momento nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento. (...). Las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida en que son una realidad social que el derecho no puede desconocer” (Sanchís, 1999, 83).

El mejor ejemplo del carácter documental de los mensajes de datos, es que “el flujo de los electrones es la nueva tinta de la cual es posible servirse; las memorias eléctricas o electrónicas (cualesquiera que sean los soportes de

que estén constituidas) son el nuevo papel; los bits (en la combinación necesaria para representar caracteres alfanuméricos) son el nuevo alfabeto” (Borusso citado por Rengel, 1999, 236).

Al amparo de lo expuesto y acogiéndonos a la concepción amplia de “documento”, no dudamos en afirmar que los mensajes de datos si bien no constituyen una escritura, en el sentido tradicional de tinta sobre papel, sin embargo, son una forma desmaterializada, a través de la cual se incorporan determinadas expresiones del pensamiento humano y que pueden servir para acreditar la realidad de determinados hechos.

En nuestro ordenamiento jurídico las pruebas o evidencia de los hechos y de los contratos no tienen restricción, salvo claro está en aquellos casos en los cuales determinados negocios jurídicos requieren ciertas solemnidades como constar en un documento público o privado auténtico (por ejemplo, compra-venta de un bien inmueble o de una nave o aeronave, las capitulaciones matrimoniales, etc.). En este sentido, es perfectamente posible utilizar documentos electrónicos que circulen por Internet, como medio de prueba en un determinado litigio.

Todo hecho producido mediante un sistema informático puede ser materia de pericia y el experto puede determinar el origen o procedencia de datos

mediante el empleo de un método científico. Trabaja el técnico a través de la reconstrucción relacional, es decir, la ubicación en el tiempo y concatenación de hechos a efectos de dar a conocer al Juez el qué, cómo, cuándo dónde y porqué.

Aquí cabe destacar, una figura denominada, cadena de custodia, la cual no es más que, el procedimiento que permite demostrar la forma en que la evidencia fue recolectada, analizada y preservada, antes de ser presentada a una Corte. La cadena de custodia debe probar como mínimo: Que la información no ha sido modificada ni añadida; que se realizó una copia completa de los datos; que el proceso de copia utilizado es confiable y que todos los medios magnéticos fueron asegurados.

La prueba electrónica podría encontrar su lugar en la regulación de la prueba documental ya que la noción de documento ha evolucionado de forma flexible superando su tradicional acepción como escrito, con la finalidad de proporcionar cobijo y cobertura a los nuevos medios probatorios proporcionados por la aplicación de nuevas tecnologías para la representación de la realidad. De esta manera se le proporcionaría toda la protección inherente a esta prueba en orden a su puesta en práctica (traslado a las partes en el acto del juicio para su examen, práctica

anticipada y diligencias para mejor proveer, etc.), o como llave que abre el acceso a recursos como el de suplicación.

Finalmente, siguiendo a Fernández (2002,2), tenemos que, la prueba electrónica es cualquier información obtenida a través de un dispositivo electrónico o medio digital que sirve para adquirir convencimiento de la certeza de un hecho en un juicio.

B. NATURALEZA

Determinar la naturaleza de las pruebas electrónicas, implica abordar el estudio de la naturaleza del medio de prueba electrónico por excelencia, que es precisamente, el documento electrónico. Y en tal sentido nos orientaremos.

Tradicionalmente, el concepto de documento se ha venido identificando como “escrito”, es decir, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje. Sin embargo, Carocca (1998, 294) define de manera amplia a los documentos como, “cosas muebles aptas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”; así que debemos concluir en que los registros o soportes electrónicos constituyen verdaderos documentos, pues, en ellos se recogen expresiones del

pensamiento humano o de un hecho, incorporándolos a su contenido, que es lo que los hace capaces de acreditar la realidad de determinados hechos.

El documento electrónico, conserva los principios básicos de la prueba documental ordinaria.

Ahora, para determinar las semejanzas y diferencias de los documentos electrónicos con la prueba documental ordinaria, debemos analizar tres aspectos a saber: el soporte, la grafía y la declaración de los mismos.

Según afirma Colerio (1993, 10), “en general, cualquier manifestación del pensamiento está contenida en un soporte” que es el elemento material en el que se asienta tal manifestación o declaración. Así por ejemplo en el contrato de compraventa inscrito en una oficina de registro el soporte será el papel; en una grabación el soporte será la cinta magnética; en el caso de la fotografía el soporte será la película y en el documento electrónico el soporte será el disco duro o flexible.

Siguiendo al tratadista Falcón (2003, 12), el soporte papel es el instrumento al cual culturalmente vinculamos al documento pues a él está aunada la escritura, creando la idea de que todo documento en esencia es o era el escrito. Aunque es palpable en estos días que a raíz de los avances

tecnológicos, tal idea no es absolutamente cierta, se debe destacar que aún en los documentos con soporte papel la incorporación del hecho debe ser codificada mediante la escritura y luego decodificada mediante la lectura. Recordemos que la traducción del documento en idioma extranjero no es otra cosa que una decodificación, que en muchos casos debe ser efectuada para su validez por personas facultadas para ello.

En el caso del documento con soporte electrónico la codificación se hace mediante el hardware (CPU, teclados, pantalla, impresora, mouse y otros periféricos) y el software (conjunto de programas destinado a que la computadora cumpla con cada una de las funciones a que dicho programa está destinado). Estos mismos componentes sirven para decodificar el documento.

En cuanto a la grafía, siguiendo a Colerio (1993, 12), tenemos que, esta última constituye la manifestación externa del pensamiento representativo del hecho que se materializa. Debemos distinguir la grafía o lenguaje al medio que se utiliza para poder incorporar o trasladar el lenguaje al soporte. (Por ejemplo, el bolígrafo en el caso de la escritura). La grafía o lenguaje está representado por el conjunto de signos inteligibles y aptos para representar el pensamiento (por ejemplo, el idioma español).

En el documento electrónico, el medio sería, como fue antes expuesto el hardware y el software, y la grafía, es el lenguaje de máquina que al codificarse queda registrado en el soporte magnético como expresión del pensamiento, el cual para ser inteligible debe decodificarse.

En cuanto a la declaración. Esta no es otra cosa que el contenido del documento, lo que hace explícita la voluntad del autor exteriorizada mediante la grafía o lenguaje y plasmada en un soporte.

Es frecuente, según Colerio (1993, 10), clasificar los documentos mezclando los tres elementos que los componen. Por lo tanto, dicho autor sugiere que al efectuar cualquier análisis debemos precisar a cuál de los elementos nos estamos refiriendo, de manera que cuando hablemos de documento escrito fundamentalmente apuntemos a la grafía, si es un documento magnético, al soporte; y si es un documento negocial, a la declaración.

Luego se plantea la interrogante, ¿Qué es un documento electrónico?. Según el criterio de Falcón, el documento electrónico estaría representado por las variaciones de los campos magnéticos u ópticos registrados en el soporte. En consecuencia, no forman parte del documento electrónico ni el medio de entrada como vehículo de la grafía que representa la manifestación

del pensamiento, ni la salida del mismo en cualquiera de sus manifestaciones.

El hecho de que no sea inteligible la codificación electrónica o lenguaje de la maquina (grafía) en el soporte (disco magnético), elementos estos sobre los que se han fijado los datos electrónicos constitutivos de los programas y que permiten su almacenamiento y recuperación, no desnaturaliza el concepto explicado previamente.

Ahora, surge otra pregunta, ¿Qué es lo que sale del soporte (por ejemplo, a través de la impresora). El autor Falcón (2003, 897), en tal sentido, nos indica que el documento electrónico antes descrito al que se denomina también documento base, debe mostrarse a través de una salida de lenguaje comprensible, pero esta salida no es el documento mismo sino una representación de él.

De manera que podemos entender el documento electrónico como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducido.

Ahora bien, atendiendo al contenido de los mensajes de datos, es innegable su carácter documental. El soporte electrónico es portador de

manifestaciones de la voz o del pensamiento humano y, por ende, tiene vocación probatoria. Por ello compartimos plenamente la opinión de quienes afirman que “actualmente, el concepto de documento no puede reservarse ni ceñirse exclusivamente al papel reflejo y receptor por escrito de una declaración humana escrita, desde el momento nuevas técnicas han multiplicado las ofertas de soportes físicos capaces de corporeizar y dotar de perpetuación al pensamiento. (...). Las innovaciones tecnológicas pueden y deben incorporarse al acervo jurídico en la medida en que son una realidad social que el derecho no puede desconocer” (Sanchís, 1999, 83).

El mejor ejemplo del carácter documental de los mensajes de datos, es que “el flujo de los electrones es la nueva tinta de la cual es posible servirse; las memorias eléctricas o electrónicas (cualesquiera que sean los soportes de que estén constituidas) son el nuevo papel; los bits (en la combinación necesaria para representar caracteres alfanuméricos) son el nuevo alfabeto” (Borusso citado por Rengel, 1999, 236).

Al amparo de lo expuesto y acogiéndonos a la concepción amplia de “documento”, no dudamos en afirmar que los mensajes de datos si bien no constituyen una escritura, en el sentido tradicional de tinta sobre papel, sin embargo, son una forma desmaterializada, a través de la cual se incorporan

determinadas expresiones del pensamiento humano y que pueden servir para acreditar la realidad de determinados hechos.

En nuestro ordenamiento jurídico las pruebas o evidencia de los hechos y de los contratos no tienen restricción, salvo claro está en aquellos casos en los cuales determinados negocios jurídicos requieren ciertas solemnidades como constar en un documento público o privado auténtico (por ejemplo, compra-venta de un bien inmueble o de una nave o aeronave, las capitulaciones matrimoniales, etc.). En este sentido, es perfectamente posible utilizar documentos electrónicos que circulen por Internet, como medio de prueba en un determinado litigio.

CAPITULO II

ANÁLISIS DE LA NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE PRUEBAS ELECTRÓNICAS

A. DEFINICIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS

Según José Ovidio Salgueiro Araujo (2006, 2), el principal objetivo de las leyes que tratan los mensajes de datos, documentos electrónicos y similares, independientemente de su denominación, es el de permitir que los mismos, así como las firmas electrónicas puedan ser producidos en juicio o ante cualquier otra autoridad con facultad de conocerlos (impositiva,

administrativa, aduanera, etc.) y que estas le otorguen el valor probatorio correspondiente.

El Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que tiene vigencia en Venezuela desde febrero de 2001, establece lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Usuario: Toda persona que utilice un sistema de información.

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

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

Tenemos entonces que los documentos electrónicos, no son otra cosa más que un mensaje de datos. Y según el artículo 2 de Ley de Mensaje de Datos

y Firmas Electrónicas de Venezuela, estos últimos son definidos como, “toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio”

Información inteligible es toda aquella que se encuentre en cualquier lenguaje, código o notación de forma tal que pueda ser entendida, interpretada o comprendida por las personas o por los ordenadores a los cuales ha sido dirigida. Cuando ésta se presenta en un formato electrónico o similar de forma tal que puede ser almacenado e intercambiado estamos ante la presencia de un mensaje de datos.

Para lograr que tales mensajes de datos produzcan los efectos probatorios requeridos, es decir, que puedan ser considerados como documentos escritos satisfaciendo así el requerimiento de escritura y que tengan la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos es indispensable poder determinar cual es el documento electrónico original ya que es el documento electrónico o mensaje de datos original el que producirá los efectos correspondientes en la misma forma que un documento original por escrito.

A diferencia de otras leyes latinoamericanas, la venezolana no señala en forma expresa cual es el documento electrónico considerado como original,

sin embargo, el artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela nos da pie para hacer una interpretación muy clara que no deja lugar a dudas.

El aparte único de la mencionada norma señala que “la información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”. Por tanto, en la medida en que entendemos que el documento escrito original es uno solo del cual luego podrán obtenerse copias simples o certificadas, al aplicar la misma interpretación al documento en formato electrónico entendemos que es propio del formato la posibilidad de obtener un número indeterminado de copias con las mismas características del original mediante su impresión. La impresión de un documento electrónico (mensaje de datos) no es otra cosa que una reproducción de su original en formato electrónico.

En virtud de lo anterior se desprende claramente que el mensaje de datos original es aquel que se encuentra en versión electrónica y por tanto es éste el que debería adjuntarse al procedimiento en el cual se deba hacer valer incorporado en cualquier soporte material (disquete, disco compacto, memoria extraíble, etc.)

La determinación inequívoca en cuanto al documento electrónico original tiene una gran relevancia con relación a los efectos de la prueba por escrito establecidos en Capítulo V, Título III del Libro Tercero del Código Civil venezolano y la prueba por escrito y al momento de presentar los documentos originales en juicio, de la indicación del lugar donde se encuentran y de los efectos que producen señalados en el Capítulo V, Título II del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil de Venezuela.

De la misma forma, es relevante a los efectos probatorios de las obligaciones, puesto que el artículo 1387 del Código Civil venezolano señala que no es admisible la prueba de testigos para probar la existencia de una convención celebrada con el fin de establecer una obligación o de extinguirla, cuando el valor del objeto exceda de dos mil bolívares. Obviamente, la prueba de las obligaciones documentadas debe hacerse con documento originales.

B. NATURALEZA DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS

En nuestro derecho, hasta el derogado Código de Procedimiento Civil de 1916, regía el sistema conocido como el *numerus clausus* de los medios de prueba, pues el derogado artículo 288 de dicho Código establecía: “los medios de prueba que podrán emplearse en juicio serán únicamente los que determine el Código Civil...”. Por el contrario, el nuevo Código de 1987, en

su artículo 395, admitió el sistema de libertad de pruebas, (numerus apertus) al establecer: “Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República. Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez”.

En consecuencia, la regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente para acreditar los hechos afirmados por las partes, salvo que esté expresamente prohibido por la Ley. Esta libertad de medios probatorios, expresión de la garantía constitucional de la defensa, permite a las partes acreditar sus afirmaciones utilizando cualquier medio probatorio pertinente enumerado o no en la ley. Sin embargo, debe tenerse claro que la libertad de pruebas no implica un derecho absoluto e incondicionado al uso de todos los medios de prueba. En efecto, no se trata de un derecho ilimitado que obligue a los jueces a admitir cualquier medio de prueba propuesto por el enjuiciado, sino más bien de un derecho relativo, puesto que se haya limitado por el criterio de la pertinencia y conducencia o utilidad del medio de prueba propuesto.

De esta manera, el acceso indiscriminado al proceso de cualquier medio de prueba propuesto, está limitado por la pertinencia del mismo, es decir, por la “relación que éste guarda con lo que es objeto del juicio y con lo que constituye el thema decidendi para el tribunal y expresa la capacidad de los medios utilizados para formar la definitiva convicción del tribunal. Así entendida la pertinencia de las pruebas es distinta a su eventual relevancia, que consiste en el juicio de necesidad o de utilidad de las mismas” (Sentencia del Tribunal Constitucional Español de fecha 10 de abril de 1985). Ahora bien, la decisión sobre la pertinencia o no de la prueba propuesta por las partes, lo mismo que la valoración de las practicadas, es función que corresponde a los órganos judiciales de conformidad con la ley procesal (Artículos 507 al 510 del Código de Procedimiento Civil).

En virtud de lo expuesto y del derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, la demostración de un hecho o de un evento con trascendencia jurídica que haya ocurrido en Internet, podrá ser alcanzado a través de cualquier medio de prueba (legal o libre) siempre, claro está, que éste sea susceptible de contribuir a formar el convencimiento del juez y haya sido obtenido en forma lícita.

Al igual que lo que sucede en el caso de la demostración de un hecho ocurrido en la Red, no existe una regla legal que establezca que la acreditación de la existencia o extinción de un contrato electrónico, se deba llevar a cabo a través de un determinado y único medio de prueba.

Sin embargo, la prueba de las obligaciones sí encuentra ciertas limitaciones legales en nuestro ordenamiento jurídico, como, por ejemplo, la imposibilidad de probar su existencia o extinción a través de la prueba testifical (Art. 1.387 Código Civil Venezolano). Lo propio ocurre con respecto a la prueba documental negocial, pues ciertas y determinadas convenciones deben constar por escrito, en instrumento público o privado, para que puedan producir efectos jurídicos frente a terceros (compra-venta de inmuebles y de bienes muebles sujetas a publicidad registral, las capitulaciones matrimoniales, etc.).

En nuestro derecho gran cantidad de los acuerdos o negocios jurídicos se perfeccionan con la sola manifestación de voluntad, sin embargo, las partes para procurarse una mayor seguridad en sus relaciones hacen constar por escrito el contenido de su negociación y su voluntad de aceptar los términos del contrato estampando como constancia expresa de su aquiescencia la firma autógrafa.

Tradicionalmente, el documento por escrito con soporte papel ha sido la prueba por excelencia de las convenciones o negocios jurídicos, pero no la única, pues nada obsta para que la voluntad de contratar o de extinguir una relación jurídica sea evidenciada a través de cualquier otro medio de prueba. Lo anterior no se aplica, por supuesto, a los casos en que la escritura (entiéndase el soporte papel) es fundamental para la validez y existencia del contrato (documentos ad solemnitatem). Este es el caso, por ejemplo, del contrato de compra-venta de bienes inmuebles en el que la tradición del bien se cumple con el otorgamiento del documento de propiedad (art.1.488 del Código Civil), el cual debe ser necesariamente registrado o, lo que es lo mismo, constar en escritura pública para surtir sus efectos legales (art. 1.920, del Código Civil).

Indudablemente, la constancia escrita de los negocios y transacciones comerciales (aquella con soporte papel y con las respectivas firmas autógrafas de las partes intervinientes) otorga a las partes mayor seguridad y confiabilidad a la hora de asegurarse un medio de prueba de su negociación; por esta razón, no es difícil imaginarse los inconvenientes que se generan con la utilización de soportes digitales en sustitución de soportes de papel en el comercio de bienes y servicios.

Sin embargo, debemos advertir que la prueba de una transacción comercial o de una obligación mercantil, salvo los casos expresamente señalados por

la ley, no se logra única y exclusivamente a través de una escritura pública o privada, debidamente firmada. En efecto, si dejamos a salvo las situaciones en las que la ley exige la existencia de un documento escrito, las excepciones son tan amplias que los usuarios de Internet no encontrarán verdaderos obstáculos para acreditar la existencia o extinción de sus contratos por Internet, a través de cualquier medio de prueba.

En todo caso, en la práctica actual de la Red no existe ninguna prohibición para que una parte requiera de su co-contratante, la conclusión de un contrato por escrito o el envío de una factura en físico o la declaración escrita de la aceptación de una oferta de negocio. Ciertamente, consideramos que es perfectamente válido que el usuario exija por escrito la prueba de la transacción comercial, siempre que en las condiciones generales de contratación no haya renunciado expresamente a esta posibilidad.

Ahora bien, puede darse el caso de que el usuario no pueda solicitar el envío en físico del contrato contentivo de la transacción, porque, por ejemplo, su co-contratante se encuentre en un país lejano y sea inoperante su envío. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la exigencia del documento en papel atentaría contra la celeridad de las transacciones electrónicas. En efecto, es una práctica en el comercio electrónico, derivada de las características de reducción de costos, celeridad y eficiencia de las transacciones, que las personas obvian los documentos escritos y creemos debe ser esta misma

práctica la que permita a las partes utilizar como evidencia de un contrato un documento electrónico (como, por ejemplo, un buzón de mensajes electrónicos).

En todo caso y como ya se expuso, la prueba para estos contratos puede ser acreditada por cualquier medio de prueba legal o libre (salvo la excepción de utilizar la prueba testifical para probar la existencia o extinción de una convención mayor a dos mil bolívares, prevista en el artículo 1387, del Código Civil); de modo que los documentos electrónicos sí pueden constituir evidencia de la existencia o extinción de un contrato y así es expresamente reconocido por la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, de acuerdo con la cual “a los fines de otorgar la seguridad jurídica necesaria para la aplicación de dicha Ley, así como para la adecuada eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas, en el artículo 4° se atribuye a los mismos el valor probatorio que la Ley consagra para los documentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza”.

C. PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS

De acuerdo con la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, los mensajes de datos se equiparan a la prueba documental, lo que significa que cuando una determinada ley exija que para la prueba de un negocio jurídico,

éste deba constar en original, dicho requisito se entenderá cumplido con relación a un mensaje de datos, si la información que allí se contiene es accesible para su ulterior consulta. Y si lo que la ley exige es la constancia escrita del negocio jurídico, la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas expresamente señala que dicho requisito se entenderá satisfecho si el mensaje de datos se ha conservado en el formato en que se generó, archivó o recibió o si ha sido guardado en un formato que haya conservado la integridad del mensaje original y asegure que no ha sufrido alteraciones también desde que se generó, archivó o recibió, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación (art. 7° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas), circunstancias éstas que pueden acreditarse en un juicio si se demuestra que documento (mensaje de datos) ha sido guardado en un sistema que asegura su confiabilidad e inalterabilidad, como lo es almacenamiento de su información en un disco óptico o con la existencia en el documento de un sistema de seguridad como la firma electrónica.

Ahora corresponde determinar si los documentos electrónicos y la información en ellos contenida, deben ser considerados en los procesos judiciales como pruebas libres o como pruebas documentales.

Con el nombre de pruebas atípicas, libres o innominadas se designa a todo aquel medio de prueba cuya valoración y forma de promoción no está expresamente determinado por una norma legal, pero que sin embargo, es en criterio de la parte promovente, un medio capaz de conducir al proceso un hecho o circunstancia alegado y, por tanto, objeto de prueba. Por el contrario, son pruebas legales aquellas a quienes la ley les ha atribuido credibilidad en abstracto, es decir, de la cualidad de conducir determinados hechos al proceso, independientemente de que su forma de promoción y de evacuación haya sido establecida en forma especial, pues, en cuanto a la materia propiamente adjetiva (procesal) resulta aplicable la analogía.

Respecto a los documentos electrónicos como medios de prueba, cabe destacar que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, establece expresamente la eficacia probatoria de estos documentos electrónicos; de allí que, es posible afirmar que tales mensajes constituyen medios de prueba legales, independientemente de que, respecto a la forma para su promoción y evacuación, dicha Ley remita a las reglas procesales establecidas para las pruebas libres.

Los mensajes de datos son pruebas legales, ya que al establecerse la eficacia probatoria que debe atribuírseles en su valoración, la Ley les está imprimiendo de una cierta aptitud o capacidad para trasladar determinados

hechos a un proceso. En efecto, expresa dicho texto legal en su artículo 4° que “los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo 6° de este Decreto Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil (...) La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas”.

Con base en la referida disposición legal, debemos concluir que para el legislador los mensajes de datos constituyen “documentos”, por lo tanto gozan de la misma naturaleza de las “pruebas documentales escritas”; de lo que se desprende que la Ley bajo examen ha adoptado el concepto amplio de documento.

La utilización de las formas escritas para manifestar la voluntad, ha sido desde hace muchos siglos la prueba preconstituida por excelencia. Ciertamente, cuando se trata de negocios o actos que producen efectos jurídicos y para cuyo perfeccionamiento la ley no exige la constancia escrita de la voluntad del declarante (si se trata de actos unilaterales, como por ejemplo: una factura) o de las partes (si se trata de actos bilaterales, como

por ejemplo la enfiteusis), generalmente se utiliza la forma escrita como un medio para procurarse la prueba del negocio o acto (la fuente); sin embargo, ello no significa que el documento constituya el único medio para demostrar la existencia, validez, condiciones o extinción de tales hechos.

Sin embargo, la documentación de un acto o negocio “no solemne”, es decir, para cuyo perfeccionamiento y eficacia jurídica no se exige el otorgamiento de escritura pública, no posee ningún valor relevante sino hasta el momento en que surge un conflicto o litigio en el cual se podrá aprovechar como prueba de un determinado hecho. Momento éste en que el promovente de la prueba deberá atender a las formas legalmente establecidas para su promoción y evacuación, pues, de lo contrario se afectaría la eficacia probatoria del instrumento privado. Por ejemplo, si se trata del documento fundamental de la demanda, es decir, en el que se funda la acción y el demandante no lo acompaña al libelo de la demanda, como lo ordena el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, sino que lo presenta durante el período probatorio, la contraparte en juicio podría oponerse a la valoración del referido documento, por ilegalidad en su forma de evacuación. De allí la importancia de atender a las reglas procesales para su promoción y evacuación.

Cualquier mensaje o información electrónica independientemente de su contenido, constituyen sin duda una fuente de prueba que, eventualmente, podrían convertirse en un “medio de prueba” si su contenido se considera relevante para demostrar la realidad de un determinado hecho, acto o negocio jurídico jurídicamente relevante (Viloria, 2003, 6).

En efecto, de acuerdo con “hay que distinguir entre lo que ya existe en la realidad (la fuente) y el cómo se aporta al proceso para obtener la certeza del juzgador (medio)” (Montero, citado por Viloria, 2001, 6). Distinción ésta que siguiendo a Viloria (2001, 6), se fundamenta en que la “fuente” es un concepto metajurídico, extrajurídico o a-jurídico, que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso; mientras que el “medio” es un concepto jurídico y absolutamente procesal, por cuanto no se habla de “medios de prueba” sino dentro de un proceso (administrativo, judicial o arbitral). En el caso de las transacciones electrónicas, la fuente es el contrato o el documento contentivo de la transacción electrónicamente efectuada que existirá con independencia de que se siga o no el proceso, aunque mientras no se llegue a él su existencia carezca, en principio, de repercusiones jurídicas; el mensaje electrónico como “medio de prueba” nacerá y se formará en el proceso (promovido en su formato original o en algún formato que reproduzca con exactitud la información generada o recibida). La búsqueda de fuentes por ser ante-procesal y extra-procesal, no

está sujeta a garantías específicas y determinadas de orden procesal, sino a garantías de orden jurídico; las de orden procesal afectan totalmente a los medios, o sea, a la actividad a través de la cual las fuentes llegan al proceso (Sentis, citado por Vilorio, 2003, 6). De allí que, aún cuando exista libertad de pruebas, quien pretenda valerse en un determinado juicio o en un proceso arbitral de un documento electrónico o mensaje de datos, deberá observar las reglas y principios procesales que para la promoción y evacuación de medios de prueba semejantes, establece la ley.

Por otra parte, tal como destaca Vilorio (2003,6) la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece que la información contenida en un mensaje de datos (fuente de prueba), reproducida en formato impreso (medio de prueba) tendrá la misma eficacia probatoria que la ley atribuye a las copias o reproducciones fotostáticas; lo que significa que tendrán un valor meramente indiciario, salvo que la parte promovente de la impresión, produzca dentro del mismo proceso otros medios de prueba que permitan demostrar que la impresión el contenido del documento electrónico es la copia fiel y exacta de su original, caso en el cual, la información allí contenida deberá ser valorada en toda su integridad.

La promoción del mensaje de datos de acuerdo con las reglas que rigen los medios de prueba libres

Todos los correos electrónicos, informaciones, mensajes de grupos o cualquier página Web, creados a través del uso de un computador, así como sus copias almacenadas en computadoras o en disquetes, siempre que constituyan soportes que aseguren la integridad e inalterabilidad del mensaje electrónico e inclusive, las impresiones de documentos electrónicos que circulan por Internet, constituyen pruebas documentales de los hechos controvertidos admisibles, siempre que sean pertinentes y que no se hayan obtenido ilegalmente en un proceso judicial o arbitral.

Todos estos mensajes o registros telemáticos o electrónicos son, en puridad de conceptos, pruebas documentales, pues son la representación objetiva de un hecho, la voz o el pensamiento y, en razón de ello, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas otorga a estos documentos y a la firma electrónica “el mismo valor que la ley consagra para los instrumentos escritos, los cuales gozan de tarifa legal y producen plena prueba entre las partes y frente a terceros de acuerdo a su naturaleza. Asimismo, todo lo concerniente a su incorporación al proceso donde pretendan hacerse valer, se remite a las formas procedimentales reguladas para los medios de pruebas libres, contenidas en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil” (Exposición de Motivos de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas). Con esta previsión legal, ha sido incorporado a nuestro

ordenamiento jurídico el principio de equivalencia funcional, acogido por la mayoría de las legislaciones en esta materia y por los modelos que organismos multilaterales han desarrollado para la adopción por parte de los países de la comunidad internacional en su legislación interna.

De modo pues que, a los fines de tutelar el ofrecimiento, control y valoración de estos medios de prueba como pruebas documentales, deberán aplicarse por analogía las normas sobre la “prueba por escrito” contenidas en el Código de Procedimiento Civil.

El hecho que la eficacia probatoria de los mensajes de datos se haya asimilado a la de los documentos escritos, no los hace por sí admisibles en juicio. Como antes se expresó, el derecho a utilizar los medios de prueba no es ilimitado.

En efecto, cada medio propuesto debe necesariamente ser sometido al criterio de la pertinencia para su admisión, cuya apreciación corresponde al órgano judicial o arbitral. Los elementos caracterizadores del juicio sobre la pertinencia, podríamos resumirlos en tres:

1° Que el objeto de la prueba sean hechos y no normas jurídicas o elementos de derecho.

2° Que los hechos estén previamente alegados y, por tanto, aportados al proceso.

3° Que no se trate de hechos exonerados de prueba.

Otros dos criterios que deben concurrir para que el juez o árbitro admita una prueba, son: i) La posibilidad material de que la prueba sea practicada. Esto supone que si por ejemplo, se propone un medio de prueba (inspección judicial) respecto de una fuente que ya no existe, porque se encuentra en un país en guerra o porque se destruyó completamente por causa de un incendio, al no ser posible la práctica, la misma deberá ser inadmitida; ii) la legalidad del medio propuesto y la licitud del medio: la legalidad del medio propuesto significa que la actividad procesal que es preciso desarrollar para incorporar la fuente al proceso, deberá realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley. Por oposición, la ilegalidad va a tener lugar cuando la prueba promovida sea contraria a la ley y por tanto, no podrá ser admitida por el Tribunal. La licitud, por su parte, se refiere al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretenda incorporar al proceso. Como quiera que la actividad de obtención de la fuente no es procesal, la forma, en principio, libre, está sujeta a una importante limitación: “serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso”, de modo pues que, de acuerdo con el artículo 49, numeral 1° de la Constitución de 1999, las pruebas obtenidas directa o indirectamente violando los derechos

fundamentales no surtirán efectos en el proceso y deberán ser inadmitidas “por ilegalidad” o “por inconstitucionalidad”.

A este respecto, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas dispone en su artículo 5° que “Los mensajes de datos estarán sometidos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal” (Art. 5); con lo cual, un mensaje de datos que haya sido interceptado o adquirido en violación de tales garantías, no podrá ser utilizado válidamente como prueba de los hechos o actos en el contenidos.

Ahora bien, en cuanto al ofrecimiento en juicio de los mensajes de datos como medios de prueba, la referida Ley dispone que deberá seguirse el procedimiento establecido para las pruebas libres (art. 4° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas); por lo que, siendo indudable el carácter “documental” de los mensajes de datos, es lógico que acudamos, por analogía, a las reglas sobre la prueba por escrito previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 395 de dicho Código.

En efecto, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, para la promoción de las pruebas libres se exige la aplicación analógica de las reglas

establecidas para los medios de prueba semejantes, lo que significa que el objeto del medio libre debe también respetar la naturaleza del medio semejante, pues, como bien lo apunta CABRERA “(...) no se puede pretender invadir por completo el campo que correspondería a un medio legal, ni tampoco obtener un resultado distinto al que se lograría con éste”.

Dicho lo anterior y antes de analizar cómo se llevaría a cabo la promoción de los documentos electrónicos, debemos recordar que el original de un mensaje o correo electrónico o de cualquier registro telemático es el que circula en la Red y que sólo puede ser leído a través del computador; por ello, lo que se ofrecerá como prueba documental y se consignará en el expediente judicial es el documento electrónico archivado en un formato que permita su consulta por el juez (disquete) o su impresión. Si se trata, por ejemplo, de que el contenido de un mensaje electrónico es el instrumento en el que se funda la acción, lógicamente, el accionante estará impedido de acompañar al libelo de demanda el original del documento electrónico, tal y como lo exige el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, y en aplicación de la regla prevista en el citado artículo, en concordancia con el artículo 8° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, dicho requisito se entenderá cumplido si la parte acompaña al libelo de demanda, la impresión del documento o la copia en un disquete del original del mensaje electrónico y, al propio tiempo, indica el lugar donde éste

se encuentra (por ejemplo, la dirección electrónica), así como cualquier otro dato que permita determinar el origen y el destino del mensaje, la fecha y la hora en la que fue enviado o recibido. Asimismo, deberá señalar expresamente que la información se ha conservado inalterable en el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información contenida en el mensaje de datos (integridad del mensaje) y que además está disponible para su ulterior consulta (Artículo 7° de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas).

En efecto, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece en sus artículos 7° y 8°, lo siguiente:

“Artículo 7: Cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su formato original, este requisito se entenderá cumplido con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje esté disponible. A tales efectos se entenderá 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 8: Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos

requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan con las siguientes condiciones:

1. Que la información que contenga 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 destino del Mensaje de Datos, la fecha y hora en que fue enviado o recibido.

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

Aplicando lo expuesto al aspecto probatorio de los mensajes de datos, consideramos que la parte que pretenda valerse de esta fuente de prueba, bien si constituye el instrumento en que se funda su acción o bien si se trata de documentos cuya información podría ser relevante para formar el convencimiento del juez, caso en el cual deberá ofrecerse durante el período de promoción de pruebas, deberá, en todos los casos, afirmar y probar las circunstancias que convenzan al juzgador de que la impresión o el registro contenido en el disquete es una representación genuina de la información contenida en el formato original o en algún formato que sea demostrable (tecnológicamente hablando) que reproduce con exactitud la información

generada o recibida y que, además, ésta información se ha conservado íntegra y a permanecido inalterable, desde que se generó, archivó o recibió, salvo algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación. En otras palabras, el promovente deberá acreditar la autenticidad y credibilidad del medio de prueba.

Sobre este particular, Cabrero (1997, 99), ha señalado que la credibilidad del medio desde el punto de vista del juez, cubre dos aspectos: Uno concreto, consistente en la verosimilitud del medio como aportador de algo serio; y otro abstracto, ligado al convencimiento interno del juez sobre la conductibilidad del medio, esto es, si es capaz de trasladar al proceso los hechos controvertidos; por ello, consideramos que la parte que promueva el documento electrónico deberá demostrar su capacidad conductiva y credibilidad con la finalidad, además, de evitar la impugnación de la prueba ofrecida.

Por su parte, en un criterio contrario al expuesto, el profesor Rengel Romberg, señala que “no es la oportunidad de la promoción de la prueba, la prevista para desembarazarse de la carga de probar la autenticidad y la credibilidad del documento; sin necesidad de actividad de la contraparte, sino en la incidencia provocada por desconocimiento del documento, pues en caso de silencio de la parte contra la cual se produce el documento, éste

quedará reconocido". Y añade que "Es generalmente admitido en doctrina, que un control preventivo de la relevancia o idoneidad de la prueba documental del tipo de las reproducciones mecánicas y pruebas científicas, no puede realizarlo el juez en la etapa de admisión de la prueba, sino que pertenece a la apreciación de su eficacia, después de su adquisición".

Respetamos la muy autorizada opinión del profesor Arístides Rengel Romberg sobre lo innecesario de acreditar la autenticidad y credibilidad del documento en la oportunidad de la promoción de la prueba; sin embargo, preferimos compartir la opinión del profesor Cabrera Romero según la cual el silencio del promovente sobre estos datos y sus pruebas, puede obrar contra él mismo, pues, al no cumplir con los requisitos de eficacia probatoria, correrá el riesgo de que el juez no valore en definitiva la probanza, lo que ocurriría independientemente de que haya o no oposición.

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

mensaje o documento electrónico goce de la eficacia probatoria que le otorga la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas electrónicas, no basta la simple producción en juicio de la impresión y/o del disquete contentivo del mensaje de datos, sino que además deberá demostrarse que la información contenida en el mensaje de datos es accesible para su ulterior consulta y que, además, ha sido conservado y no ha sufrido cambios desde que se generó, recibió o archivó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación.

Las anteriores circunstancias se acreditarán en un proceso judicial o arbitral, una vez que el promovente haya demostrado –durante el lapso probatorio- entre otros extremos: 1) Que el contenido del documento presentado (mensaje de datos impreso o reproducido electrónicamente en disquete) es idéntico al original que ha sido conservado en formatos que aseguran su integridad e inalterabilidad; 2) El destino del mensaje o su origen; 3) La autoría del mensaje.

El promovente debe demostrar que en efecto el mensaje electrónico proviene de una persona determinada o de su computador o que, por ejemplo, proviene de tal o cual página Web; en segundo lugar, debe comprobar su integridad, es decir, comprobar que se trata de una grabación, reproducción o impresión fiel del mensaje enviado o del registro electrónico. En otras

palabras, se debe comprobar que el mensaje no ha sido modificado desde su envío, recepción o archivo.

Asimismo, la autenticidad y credibilidad del medio podría demostrarse alegando y probando que el sistema de computación, así como la computadora receptora, estuvieron operando correctamente en el momento del envío o recepción del registro.

Ahora bien, sobre la autenticidad y autoría de los mensajes de datos. La prueba de un hecho o de un negocio o acto jurídico contenido en un mensaje electrónico que circula por la Internet, puede lograrse a través de cualquier medio de prueba (por ejemplo, a través de testificales) y no solamente a través de la prueba documental regulada en los artículos 429 al 435 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, el mérito probatorio de la prueba documental es, sin duda alguna, mucho más eficaz que el de la prueba testimonial si de lo que se trata es de demostrar el contenido de un mensaje de datos o cualquier documento electrónico.

Ciertamente, de acuerdo con nuestro Código Civil, el instrumento público hace plena fe, así entre las partes como respecto de terceros, de la verdad

de las declaraciones formuladas por los otorgantes acerca de la realización del hecho jurídico a que el instrumento se contrae, salvo se demuestre la simulación (artículo 1.360). Igual fuerza probatoria producen el instrumento privado reconocido tenido legalmente por reconocido entre las partes y respecto de terceros en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; es decir, hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones. Ahora bien, el valor probatorio que la ley otorga a la prueba instrumental obedece a la consideración de las formas escritas aseguran la expresión y exactitud de la voluntad del otorgante y, fundamentalmente, porque la materialización escrita de la idea impide que el tiempo desdibuje en la memoria su contenido y contexto; de allí la desconfianza natural que en la mente del juzgador podría erigirse cuando en el contexto de una relación procesal una de las partes pretenda valerse del mérito probatorio de un documento electrónico.

La ausencia de un escrito “original” y “firmado” por las partes, ha traído muchos inconvenientes en materia probatoria, sobre todo en países como el nuestro en el que la desconfianza en el tráfico comercial ha llevado a las personas a documentar en forma escrita la mayoría de sus negocios jurídicos y transacciones comerciales. Sin embargo, los avances tecnológicos en materia de comunicación a través del uso de redes nacionales e internacionales de información, como nueva herramienta de negocios, ha

implicado la sustitución progresiva de las formas escritas o tradicionales de contratación, por soportes digitales o electrónicos.

De allí que, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas constituya un paso muy importante para la seguridad en materia de comunicación y negocios electrónicos, pues se otorga pleno valor jurídico a los mensajes de datos que hagan uso de esta tecnología.

Ahora bien, como ya hemos sostenido el pleno valor probatorio que la Ley otorga a los documentos electrónicos, no opera de pleno derecho sino que es preciso que la parte que pretenda valerse de este medio documental, demuestre a su vez que la información contenida en el mensaje de datos está disponible, esto es, puede ser accesada para su consulta y que además dicha información se ha conservado íntegra, esto es que no ha sido alterada o modificada, desde que se originó, recibió o archivó.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece que esta circunstancia se entenderá acreditada siempre que se hayan cumplido con los extremos que se indican en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 8; los cuales no son más que circunstancias que acreditan la integridad, autenticidad del mensaje y origen del mensaje. Ahora bien, cómo se

demuestra que el documento o mensaje electrónico presentado en un proceso judicial o arbitral cumple con estos tres extremos:

1.- “Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente”.

Esta circunstancia se acredita con la indicación expresa de la parte que promueve el documento electrónico de la dirección electrónica en la que se encuentra la información (si ésta se encuentra en una red nacional o internacional) del lugar en el que se conserva el formato original en el que se generó, recibió o archivó o la copia electrónica del mensaje original que reproduzca con exactitud la información generada o recibida.

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”.

La parte que pretenda valerse del valor probatorio del mensaje de datos debe probar que la información allí contenida ha permanecido inalterable desde que se originó, recibió o archivó. Esto se logra si el promovente demuestra haber utilizado algún sistema de almacenamiento de datos en soportes que aseguran la integridad del mensaje o documento electrónico,

circunstancia ésta que podrá ser acreditada en juicio a través de una experticia técnica o de un testigo-perito.

Uno de los medios de prueba más eficaces para comprobar que el documento impreso o contenido en un disquete es una reproducción fiel de la versión original que circula en el ciberespacio, son los sistemas de almacenamiento de datos codificados en un medio de back-up confiable de una computadora, como lo es un disco óptico.

Una recomendación muy práctica para los usuarios de Internet es la utilización sistemática del almacenamiento de datos e información en un disco óptico, que además de permitirles obtener pruebas en caso de un eventual litigio, sirve para acreditar o demostrar la autenticidad del mensaje electrónico, toda vez que la información o mensaje recibido no podrá ser alterado o modificado una vez que sea guardado en el disco óptico. Este sistema de seguridad en las transacciones comerciales electrónicas es de suma importancia, pues al igual que las firmas electrónicas, de las que más adelante hablaremos, certifica la integridad e inalterabilidad del mensaje recibido.

En Francia el requisito de un escrito original, se ha sustituido a favor de una copia “fehaciente y duradera”, en aquellos casos en que el original se ha

destruido o si es imposible llevarlo físicamente al expediente, como es el caso de los documentos electrónicos. Ahora bien, atendiendo a la redacción del numeral 2 del artículo 8°, antes citado, la posibilidad de llevar al proceso una reproducción fehaciente del original cuando éste no se encuentra disponible, parece ser también la intención de nuestro legislador. Por lo tanto, si es imposible acceder o disponer de la información en su formato original, la autenticidad del mensaje electrónico podrá acreditarse si se ha conservado una copia fehaciente y duradera, mediante la utilización de cualquier sistema de almacenamiento que –desde el punto de vista técnico– asegure la integridad e inalterabilidad del mensaje de datos.

Ahora bien, por tratarse de cualidades especiales del formato que reproduce el mensaje de datos (a saber, “fehaciencia” y “durabilidad”), será necesario acreditar a su vez, la confiabilidad del sistema de almacenamiento utilizado a través de cualquier medio de prueba. Por ejemplo, se puede demostrar el grado de seguridad y el buen funcionamiento del sistema de almacenamiento utilizado para “guardar” o “archivar” el contenido de un mensaje de datos, con una experticia tecnológica o mediante pruebas preconstituídas como un justificativo de testigo (justificativo para perpetua memoria), contentivo del testimonio de personas que, por sus conocimientos tecnológicos, puedan certificar la confiabilidad de un determinado sistema de almacenamiento de información digitalizada. Claro está que, en este último caso, será necesario

la ratificación en juicio de tales testimonios a los fines de que la prueba testifical pueda producir todos sus efectos jurídicos.

Así también, un elemento que puede convencer al juez o arbitro sobre la fehaciencia de la copia del mensaje electrónico, podría ser que la parte que pretenda valerse del documento electrónico consigne el “manual interno de la operación del sistema informático”; sin embargo, por tratarse de una prueba documental procurada por el propio promovente del medio, la parte deberá utilizar alguna otra prueba que, adminiculada con la documental (“manual”), lleve al juez o al árbitro al convencimiento pleno sobre la confiabilidad del sistema de almacenamiento utilizado.

En todo caso, lo realmente importante, es que el juez ordinario o arbitral se convenza de la confiabilidad y credibilidad del medio documental aportado al proceso, para lo cual es importante que la parte promovente consigne en el expediente la información técnica necesaria, así como las explicaciones que se consideren convenientes, en relación al funcionamiento y seguridad del sistema de archivo de información que se haya utilizado, lo que podrá realizar a través de cualquier medio de prueba documental, pericial o testifical.

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

Si se trata de un convenio o negocio jurídico realizado electrónicamente, la parte que pretenda valerse de la información allí contenida podrá acreditar la autoría del mensaje, es decir, su origen, con los datos que arroje el sistema convencional o legal designado utilizado para la recepción de mensajes de datos.

En efecto, la propia Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas en su artículo 9°, reconoce a las partes contratantes por medios electrónicos, la posibilidad de acordar un procedimiento que les permita establecer cuándo el Mensaje de Datos proviene efectivamente del emisor. A falta de acuerdo entre las partes, “se entenderá que un Mensaje de Datos proviene del emisor, cuando éste ha sido enviado por”:

- a.- “El propio emisor”
- b.- “Persona autorizada para actuar en nombre del Emisor respecto de ese mensaje”.
- c.- “Por un sistema de información programado por el Emisor o bajo su autorización, para que opere automáticamente”.

Si la persona contra la cual se produce en juicio un determinado mensaje electrónico como emanado de ella o de algún causante suyo, niega el origen

o autoría del mensaje de datos, el proponente de la prueba podrá demostrar estas circunstancias, a través de la firma electrónica (en el caso que se haya hecho uso de algún mecanismo de seguridad para atribuir la autoría del mensaje), de los datos o rastros del lugar de origen (computador) que haya dejado en el sistema de recepción de documentos electrónicos; así también, el origen del mensaje puede demostrarse si el computador desde el cual éste fue emitido es de uso exclusivo de la persona contra la cual se produce el documento (por ejemplo, si se trata de un computador de uso personal o exclusivo de determinada empresa u organismo).

En este contexto es preciso ahondar sobre el tema de la firma electrónica.

En cuanto concierna a la autoría, es preciso advertir que la firma del documento es el medio idóneo, pues la misma siempre ha tenido un doble propósito; por una parte, la identificación de las partes contratantes, y por la parte, el cierre de la contratación, es decir, que los términos en que se ha pactado son esos y no otros.

Ahora bien, como todos sabemos, los documentos informáticos carecen de firma autógrafa; por lo que en esta materia se ha llegado a hablar de la crisis de la suscripción. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia de otros países en los que el comercio electrónico ha tenido un vertiginoso desarrollo, han

llevado a cabo grandes esfuerzos para asimilar a los documentos electrónicos o informáticos con los medios tradicionales. En este esfuerzo -al que recientemente se unió nuestro legislador con la promulgación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas- se ha llegado a considerar que la ausencia de suscripción en los mensajes electrónicos, se subsana con la demostración de la exclusividad en el uso del instrumento técnico, que permite identificar el origen o procedencia del documento.

Así pues, la firma electrónica no es el único sistema o método para acreditar la autoría de un mensaje de datos; sin embargo, uno de los medios más seguros de lograr seguridad jurídica en cuanto a la autoría de un documento electrónico es la utilización de una firma electrónica, pues a través de este se permite vincular al firmante con el contenido del documento. Con la firma digital se resuelve, eficazmente, el problema de ¿cómo saber si quien envía el mensaje es quien dice ser y no un impostor?

Por firma electrónica se entiende “cualquier método o símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención actual de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo todas o algunas de las funciones de una firma manuscrita. Así tanto es firma electrónica la firma manuscrita digitalizada, como las firmas electrónicas que, con tecnología más avanzada, se crean utilizando sistemas de criptografía”.

Un ejemplo de la seguridad que se logra con la utilización de firmas electrónicas podría ser el siguiente: Si estamos comunicándonos con nuestro banco – en el ciberespacio, por supuesto- y deseamos probar nuestra identidad, sólo tenemos que guardar el mensaje con nuestra clave privada (firma); entonces, el banco puede abrir el texto con nuestra clave pública, tomada de nuestro certificado digital, lo que prueba que somos la única persona que pudo haber cifrado ese mensaje (este proceso describe lo que los criptógrafos denominan la firma digital).

Una firma digital ofrece una forma segura de asociar el mensaje con la entidad que lo envía, y es la forma en la que los usuarios de Internet pueden “firmar” al efectuar una compra en el ciberespacio y desvirtuar la condición de relaciones ciegas que, en principio, caracteriza a toda relación que se formaliza por vía electrónica. De tal manera que la firma electrónica permite demostrar la autoría y la voluntad de contratar.

Si acudimos al derecho comparado, vale destacar que algunas leyes estatales de los Estados Unidos estipulan, ya sea implícita o explícitamente, que la “firma” puede ser electrónica. En el estado de Utah, la creación de documentos electrónicos que emplean técnicas de cifrado de clave pública, aprobadas por un ente gubernamental autorizado responsable de la

certificación de dichas claves, hace presumir que la firma electrónica contenida en el documento constituye el consentimiento de las partes con su contenido y se considera que el documento electrónico debidamente firmado tendrá la misma validez que un documento de “papel”. En consecuencia, en el estado de Utah un usuario de Internet puede tener la certeza de que su documento electrónico (si ha sido cifrado utilizando las técnicas de la llave pública) será admisible como evidencia del contrato ejecutado.

Por otra parte, en Canadá las definiciones de “firma” establecidas en el Código Civil Québec, no excluyen, implícita o explícitamente, a las firmas electrónicas. Por lo tanto se puede decir que la firma electrónica será admisible en todos los casos en que una firma sea requerida.

La doctrina extranjera señala al respecto que en la actualidad, los mensajes escritos quieren liberarse del vínculo de la firma, y por ello, debemos acudir a nuevos métodos de imputación diferentes, pues, la escritura privada no es estructuralmente dissociable de la firma autógrafa, la cual es simplemente una de las técnicas de imputación.

Aunque parezca inverosímil, existe una mayor seguridad jurídica al rededor de la firma electrónica como sistema de certificación y de imputación o referencia a la persona declarante que con respecto a la firma autógrafa,

pues, al estar creada la primera bajo estrictas medidas de seguridad, es mucho más confiable que la segunda, que cualquiera puede falsificar. En tal virtud, un documento electrónico firmado digital o electrónicamente, debería ser suficiente para llevar al juez o al árbitro, al convencimiento pleno de la autenticidad de su contenido y de la autoría del mismo.

Ahora bien, aun cuando el documento electrónico no esté firmado digitalmente, no por ello deja de ser un documento privado cuya declaración o autoría no pueda ser imputada a cualquier persona, toda vez que –como ya dijimos- no es correcto pensar que la firma es el único criterio de imputación.

En efecto, en nuestro derecho la suscripción tradicional por sí sola no es suficiente para demostrar la autoría y la fe probatoria de un documento si falta su reconocimiento en juicio, expreso o tácito (ver artículo 444 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 1.363 del Código Civil). De hecho, si la firma es negada toca a la parte que produjo el instrumento (documento) probar su autenticidad a través de otros medios de prueba como el cotejo (experticia) y la prueba testimonial. De allí que, la autoría de un documento electrónico no firmado digitalmente, podría ser demostrada a través de cualquier medio de prueba pertinente.

En las transacciones electrónicas, la utilización de la firma electrónica no es obligatoria, por lo que la verdadera dificultad que surge en esta materia, es cuando se quiere garantizar el “cierre” del contrato. En efecto, de acuerdo con los principios generales del Derecho Civil y comercial “la firma” tradicional garantiza “el cierre” de la contratación en un doble sentido, ya que asegura que el contenido del contrato es idéntico al texto suscrito e impide la reapertura de nuevas condiciones contractuales a las ya concluidas y aceptadas. De allí que la ventaja de utilizar una firma electrónica es que a través de ella se garantiza tanto el intercambio de voluntades como el “cierre” del contrato, en los mismos términos que una firma tradicional.

Ciertamente, para desvirtuar la idea de que los documentos electrónicos o mensajes de datos están expuestos a una fácil manipulación por parte de los usuarios de las computadoras, así como a una reproducción indiscriminada del original, de tal modo que se hace imposible distinguirlo de los duplicados, la parte que pretenda valerse de un documento electrónico deberá, entonces, producir elementos suficientes que convenzan al juzgador de la veracidad y de la certeza de su contenido, para lo cual podrá valerse de cualquier medio de prueba que considere idóneo (por ejemplo: con un justificativo para perpetua memoria, testificales, posiciones juradas, experticias técnicas, etc).

Ahora bien, lograr que se atribuya valor probatorio a una escritura privada electrónica, sin que en su elaboración y posterior aceptación se hayan utilizado instrumentos técnicos que aseguren su autoría, la autenticidad e integridad del mensaje, (es decir, que aseguren que el texto del mensaje electrónico es el mismo que se tuvo a la vista al momento de la oferta y de la aceptación y no otro distinto), si bien no es una tarea fácil, lo cierto es que no es imposible, pues, en todo caso, la parte promovente podrá, a través de un cúmulo de indicios, demostrar la certeza de hechos o circunstancias idénticos o relacionados con los contenidos en el mensaje de datos.

Lo que debe tenerse claro es que la acreditación de la autenticidad del documento electrónico, su origen y la identidad de la impresión o reproducción con el original, son aspectos indispensables que deberá tomar en cuenta la parte que pretenda valerse de un documento electrónico como prueba de un hecho o de una transacción o contrato ejecutado en Internet.

C. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS

En cuanto a la valoración del documento electrónico o mensajes de datos, dispone la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que tales documentos poseen la misma eficacia que la ley otorga a los documentos escritos; en consecuencia, incorporado al proceso un mensaje de datos

como prueba de determinado hecho o negocio jurídico y demostrada su autenticidad, al mismo deberá atribuírsele un valor probatorio pleno.

Siguiendo a Viloria (2001, 8) Así pues, a pesar de que en la redacción del artículo 4 de la Ley antes citada, no se sujeta la eficacia probatoria a la previa demostración de la autenticidad del mensaje, consideramos que de su lectura concatenada con otros artículos de ese mismo instrumento legal (ver: artículos 7,8, 16), así como con las reglas y principios que rigen la prueba por escrito, es imprescindible que el promovente del documento electrónico haya acreditado ante el órgano jurisdiccional o el tribunal arbitral, la autenticidad y autoría del mensaje, para que éste pueda considerarse como prueba fehaciente de un hecho controvertido. Claro que, en caso de aceptación expresa o tácita del documento por la contraparte del promovente, la autenticidad y/o autoría del mismo quedarían demostradas sin necesidad de acudir a los mecanismos procesales para lograr la convicción del juez o arbitro sobre el valor probatorio del documento electrónico.

Reiteramos, nadie podría dudar de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas es un paso muy importante para lograr la seguridad jurídica respecto a los negocios y las comunicaciones digitales; sin embargo, creemos que lo más importante para lograr una correcta apreciación de los documentos electrónicos como prueba de hechos o contratos ejecutados en

Internet, es, principalmente, que los órganos encargados de impartir justicia (sobre todo los órganos jurisdiccionales o administrativos) amplíen sus criterios en base a los adelantos de la tecnología informática, pues de nada servirá que las partes utilicen los avances de la ciencia y de la tecnología como medios de prueba, si los hombre y mujeres encargados de la resolución de sus conflictos, se cierran a apreciarlos en todo su valor probatorio, por desconocimiento o desconfianza.

Sobre el valor probatorio de las impresiones y copias de los mensajes de datos, señala el aparte único del artículo 4° de la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, “La información contenida en un Mensaje de Datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la Ley a las copias y reproducciones fotostáticas”.

Aplicando por analogía las reglas procesales que rigen la promoción de copias o reproducciones fotostáticas de los instrumentos privados, una vez que se proponga como prueba la impresión de un mensaje de datos, ésta se tendrá como fidedigna si no es impugnada por la contraparte del promovente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil. El objeto de la impugnación en este caso es que el proponente del medio presente en juicio el original del documento.

Ahora bien, si la parte promovente de la copia o impresión del documento electrónico no posee el original o éste ha desaparecido, por lo que no es posible solicitar su cotejo, el efecto jurídico, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal, es que dicha impresión no tendrá ningún valor probatorio. No obstante, consideramos que a falta de original la parte promovente del medio impugnado podrá acreditar la identidad de la impresión (copia) con el mensaje original, si demuestra que posee una reproducción electrónica fiel de este último, como sería, por ejemplo, el caso en que la información haya sido guardada en un disco óptico o en otro sistema electrónico que asegure la autenticidad e inalterabilidad del mensaje.

A este respecto, vale destacar que en los Estados Unidos de América, las Normas Generales de Derecho Probatorio, legislación federal que intenta armonizar los principios probatorios y que ha sido adoptada por la mayoría de los estados de la Unión, estipula que los registros electrónicos o cualquier otra información telemática constituyen verdaderos “escritos” y que un documento impreso que es una reproducción fiel de la información electrónica constituye un original. De acuerdo con estas normas, se puede aceptar como prueba una versión impresa de la información electrónica, como por ejemplo, la impresión de una página Web o de un correo electrónico.

Siguiendo este mismo principio, consideramos que aún cuando en nuestro ordenamiento jurídico no exista una norma como la indicada, la demostración plena de la identidad de la impresión y la autenticidad del mensaje o registro electrónico con el original, así como su origen, se podría lograr a través de cualquier medio de prueba, como por ejemplo la prueba de informes o la exhibición de documentos, como expusimos anteriormente.

3.2.- El valor de la firma electrónica

De acuerdo con el artículo 16 de la recientemente promulgada Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, “La Firma electrónica que permita vincular al signatario con el Mensaje de Datos y atribuir la autoría de éste, tendrá la misma validez y eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa”, de esta manera si para determinados actos o negocios jurídicos la ley exige la suscripción autógrafa del documento, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos (documento electrónico) al tener asociado una firma electrónica. Ahora bien, para que esta firma posea la misma validez y eficacia probatoria de la firma manuscrita, deberá estar elaborada bajo ciertos mecanismos de seguridad que permitan a las partes contratantes garantizar que los datos utilizados para su generación puedan producirse sólo una vez y, asegurar razonablemente, su confiabilidad; así como ofrecer una seguridad razonable de que la firma no pueda ser falsificada con la tecnología existente para la fecha de la suscripción. Así

pues, esta Ley (cuyo proyecto fue originalmente elaborado en forma conjunta por Venamcham y Cavecom) viene a regular en nuestro país la eficacia y valor jurídico de la firma electrónica, de los mensajes de datos (e-mail) y toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material.

Por otra parte, la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas prevé la figura de los Proveedores de Servicios de Certificación y todo lo relativo a los certificados electrónicos. De acuerdo con la Ley, la figura de los proveedores de certificados electrónicos se crea con el objeto de otorgar mayor seguridad en el comercio y comunicaciones electrónicas.

En efecto, los proveedores son los sujetos que, siguiendo el procedimiento legalmente previsto, obtengan de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, una autorización que les permita garantizar a los usuarios, la autoría de un mensaje de datos, a través de la certificación de la firma electrónica y la certificación de la integridad del mensaje. Ahora bien, estas funciones de los proveedores de certificados electrónicos, bajo ningún concepto sustituyen las funciones de los notarios o registradores, cuando para determinados actos jurídicos se requiera su intervención; por lo que, cuando se trate de negocios o actos jurídicos que para su validez frente a

terceros, la ley exija las formalidades de registro, dicho requisito en ningún modo se entenderá cumplido con la emisión de un certificado electrónico.

De acuerdo con el artículo 38 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el certificado electrónico garantiza la autoría e integridad del mensaje, sin embargo, no confiere la autenticidad o fe pública que conforme a la ley otorguen los funcionarios públicos a los actos, documentos y certificaciones que con tal carácter suscriban.

A este respecto, consideramos que constituye una grave contradicción que dicho texto legal incorpore a nuestro ordenamiento el principio de equivalencia funcional al establecer en su artículo 6° que “cuando para determinados actos la ley exija el cumplimiento de formalidades y solemnidades, éstas podrá realizarse utilizando para ella los mecanismos establecidos en este Decreto-Ley”, pero, al mismo tiempo, niegue que los certificados electrónicos puedan conferir autenticidad a los mensajes de datos que hayan sido objeto de certificación.

La intención del legislador en cuanto a no conferir al certificado electrónico, los efectos del registro público, la entendemos y compartimos perfectamente ya que la “fe pública” citando a OLIVERO PÉREZ, consiste en una especial calidad probatoria que la ley otorga a ciertos y determinados funcionarios de

forma expresa⁽²⁴⁾ , que de ser transmitida por ellos en ejercicio de sus funciones al documento denominado “público negocial”, lo envolverá y protegerá de tal forma que será mucho más difícil enervar su presunción de plena fe “erga omnes”, ya que para ello será necesario impetrar contra él, el procedimiento específico y engorroso de la tacha de falsedad (Art. 438 del Código de Procedimiento Civil), si lo que se pretende atacar es el elemento “acto de documentación” y; si lo que se pretende atacar es el elemento “contenido” del documento en cuestión deberá alegarse entonces la simulación (Arts. 1360 y 1382 del Código Civil y 317, 319 y 320 Código Penal)⁽²⁵⁾ . Evidentemente, los proveedores de certificación al no ser funcionarios públicos con esta capacidad, no pueden conferir “fe pública” a los mensajes de datos y firmas electrónicas.

Sin embargo, si atendemos al propio texto de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, parece absurdo conferir los efectos de la “autenticidad” a los certificados electrónicos, ya que los documentos autenticados, a diferencia de los documentos públicos, pueden ser emitidos por funcionario a los cuales la ley no les otorga la facultad de transmitir “fe pública”, pero si de imprimir al documento de “autenticidad”, es decir, de una presunción de “certeza” en cuanto a la autoría del documento y en cuanto a la “veracidad” de las declaraciones en el contenidas, salvo prueba en contrario. Así pues, la presunción de “plena fe” que otorga la “autenticidad” cede por cualquier

prueba en contrario; de allí que consideramos que la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, debió tomar en cuenta la distinción entre estos dos efectos jurídicos (a saber “autenticidad” y “fe pública”) y establecer que el certificado electrónico sí confiere “autenticidad” a los documentos y firmas electrónicas; de otra forma, cómo es posible que señale que dichos certificados garantizan la autoría y la integridad de un mensaje y por otro, le reste cualquier valor a esa certificación.

4.- Otros medios para acreditar la autoría del mensaje (la prueba testimonial)

4.1) El testimonio para demostrar el origen del mensaje

Para demostrar el origen del documento electrónico, la parte promovente podrá por ejemplo, utilizar el testimonio de la persona encargada del envío o recepción del mensaje o registro electrónico.

La prueba testifical en estos casos sólo podrá ser admisible si con ella se pretende demostrar, por ejemplo, el origen del mensaje o documento electrónico; éste sería el caso en que el promovente de la prueba electrónica promueve también el testimonio del empleado o secretaria del autor del documento o mensaje, que haya sido el encargado de su envío. Sin embargo, podría llegar a considerarse que el testimonio no tiene ningún valor probatorio, pues muy posiblemente la secretaria o el empleado del

departamento de informática de la empresa desconozcan el contenido del documento que ha enviado y este es un hecho casi imposible de dejar pasar para cualquier litigante en la oportunidad de interrogar al testigo.

Un testigo que no es el autor del documento no puede testimoniar o declarar sobre el contenido del mismo; en consecuencia, su testimonio podría ser invalidado, pues, al no constarle el contenido del documento electrónico ¿cómo podría testificar válidamente acerca de su origen?

4.2) El testimonio para acreditar algunas circunstancias relacionadas con el mensaje, como sus características internas o el procedimiento utilizado para su recepción o envío.

Si se trata, por ejemplo, de un documento electrónico creado durante el curso normal de las actividades comerciales de una compañía, la persona que testifica sobre la confiabilidad del sistema puede ser un experto en computación (testigo-perito), o simplemente una secretaria o cualquier empleado siempre que esté familiarizado con el sistema y la confiabilidad del mismo. No existe ninguna exigencia legal que obligue a la realización de pruebas técnicas a los sistemas de tecnologías para comprobar su confiabilidad; sin embargo, la parte promovente podrá valerse de experticias tecnológicas para ello.

Por otra parte, si se quiere comprobar un hecho relevante a través de un documento electrónico cuyo autor no es parte en el juicio, la parte promovente deberá aportar el testimonio de su autor a los fines del control de la prueba por su contraparte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 431 del Código de Procedimiento Civil. En estos casos, el tercero rendirá su testimonio acerca del contenido del documento y el reconocimiento de su autoría.

5.- Caso especial de los correos electrónicos personales

El correo electrónico (e-mail) permite a los usuarios con una dirección electrónica comunicarse entre sí de la misma manera en que lo hacen a través del servicio postal convencional.

Ante esta similitud con las cartas o correos personales, consideramos que para la promoción en juicio de un mensaje de datos contentivo de un correo electrónico, la parte proponente del medio deberá observar las reglas y limitaciones establecidas para la utilización de las cartas misivas como medios de prueba, previstas en el Código Civil.

Ahora bien, de acuerdo con el referido Código:

“Artículo 1.371: Pueden hacerse valer en juicio como prueba o principio de prueba por escrito, las cartas misivas dirigidas por una de las partes a la otra, siempre que en ellas se trate de la existencia de una obligación o de su extinción, así como de cualquier otro hecho jurídico relacionado con los puntos que se controviertan.

El autor de la carta puede exigir la presentación de esta a la persona a quien fue destinada o esta producirla en juicio para los efectos mencionados”.

“Artículo 1.372: No puede una de las partes requerir la presentación de una carta dirigida a un tercero por alguno de los interesados en el juicio, o por personas extrañas, si el tercero y el autor de la carta no prestan su consentimiento para ello. El tercero tampoco puede valerse de la carta como prueba, contra la voluntad del autor de ella.

Las cartas misivas, dirigidas y recibidas entre terceros, no pueden en ningún caso, emplearse como medios de prueba en juicio por personas para los cuales los terceros no eran causantes o mandatarios.

Los herederos y causahabientes de las personas que dirigieron o recibieron las cartas misivas antedichas, pueden emplearlas como medios de prueba en los mismos casos en que aquéllas podrían hacer uso de ellas”.

Si aplicamos por analogía a los correos electrónicos personales, las normas relativas a las cartas misivas como pruebas o principio de prueba por escrito, entonces, estos mensajes de datos sólo podrían aprovecharse en juicio entre las partes emisora y receptora del mensaje, o por personas extrañas, siempre que éstas hayan dado su consentimiento.

Por otra parte, si se trata de correos de carácter confidencial, es decir, que no se trata de los asuntos expresados en el artículo 1371 antes citado, no pueden publicarse ni presentarse en juicio sin el consentimiento de su autor y de la persona a quien fueron dirigidas (Artículo 1.371, ejusdem).

La fuerza probatoria de las cartas misivas producidas en juicio, se determina por las reglas establecidas en la ley para los instrumentos privados; “pero carecerán de valor las que no estén firmadas por la persona a quien se atribuyan, salvo que hayan sido escritas de su puño y letra, y remitidas a su destino” (Artículo 1.374, ejusdem)

En cuanto al requisito de la firma, vale destacar que la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas dispone que “Cuando para determinados actos o negocios jurídicos la ley exija la firma autógrafa, ese requisito quedará satisfecho en relación a un Mensaje de Datos al tener asociado una

firma electrónica”, con esta previsión se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el principio de equivalencia funcional, respecto a las firmas electrónicas.

Si aplicamos la normativa civil en cuanto a la valoración de las cartas misivas, un correo electrónico que esté asociado a algún mecanismo de seguridad que permita identificar el origen y autoría del mismo (como es el caso de una firma electrónica) tendrá la misma fuerza probatoria que un documento privado; pero, si en la elaboración, envío o recepción del correo electrónico no se utilizó ningún método de seguridad que garantice el origen o autoría del mensaje, consideramos que ello no imposibilita su aprovechamiento en juicio, si se demuestra -incluso en forma indiciaria-, que el mensaje fue enviado o recibido por quien se atribuye su autoría o recepción; por ejemplo, podría demostrarse que la dirección electrónica que aparece en el mensaje de datos pertenece a la contraparte en juicio.

Ahora bien, si se trata de un correo electrónico enviado por un sujeto que no es parte procesal, consideramos que la ausencia de la firma electrónica quedaría subsanada con la aceptación expresa de su autoría, por parte de ese tercero.

Otras formas de promoción y evacuación de los mensaje de datos o documentos electrónicos son, la prueba de exhibición de documentos, la prueba de Informes, y la prueba de inspección judicial.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, al reconocer que los mensajes electrónicos son medios de prueba libres, cuya eficacia probatoria es la misma que la ley reconoce a los documentos escritos, permite entonces acudir a las reglas para la promoción y evacuación de la prueba documental, entre las cuales se encuentran la prueba de exhibición de documentos y la prueba de informes.

En cuanto a la prueba de exhibición de documentos. En atención a la aplicación de las reglas que rigen la promoción y evacuación de los medios de prueba libres, consideramos perfectamente posible aplicar por analogía la prueba de exhibición de documentos prevista en nuestro ordenamiento jurídico a los mensajes o documentos electrónicos.

Así, si el original del documento electrónico promovido en juicio o su copia electrónica (disquete) y/o impresa, no se encuentra disponible por cualquier causa (por ejemplo, porque el formato en que se generó o recibió ya no existe en la Red o porque el formato electrónico que lo reproducía con exactitud fue destruido), pero se tiene conocimiento de que el original del

mismo, o al menos una copia que reproduce con exactitud la información contenida en el mensaje o documento electrónico original, se encuentra en poder del adversario o de un tercero, la parte podrá solicitar su exhibición, de acuerdo con lo establecido en el artículo 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil.

Como señala MONTERO la carga de la presentación de los documentos que se impone a las partes, presupone que éstas tienen la disponibilidad de los mismos. Ante los casos de no disposición por una de las partes la Ley reacciona imponiendo a quien tenga esa disposición el deber o la carga de exhibir el documento para que de ese modo pueda ser tenido en cuenta por el órgano jurisdiccional.

En efecto, de acuerdo con nuestro ordenamiento procesal:

“Artículo 436.- La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición.

A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la información de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.

El tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro del plazo que le señalará bajo apercibimiento.

Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.

Si la prueba acerca de la existencia del documento resultare contradictoria, el juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen”.

Ahora bien, el deber de colaborar con el órgano decisor puede imponerse a la Administración Pública o a un tercero (respecto de la parte contraria, como apunta SANCHIS CRESPO sólo puede hablarse de carga). En este sentido, respecto a los terceros, el Código de Procedimiento Civil dispone:

“Artículo 437.- El tercero en cuyo poder se encuentren documentos relativos al juicio, está igualmente obligado a exhibirlos, salvo que invoque justa causa a juicio del juez”.

La parte que no disponga de un mensaje de datos o documento electrónico, cuyo contenido es relevante para su defensa, podrá entonces (acudiendo a las formas de promoción de la prueba por escrito) solicitar la exhibición del documento que se encuentra en poder de su adversario o de un tercero, debiendo acompañar la impresión del mensaje de datos o la copia reproducida en disquete, o en su defecto, la información que conozca sobre el contenido del mensaje. En este último supuesto, el promovente deberá, además, acompañar algún medio de prueba que haga presumir al juez o al árbitro que el mensaje de datos se halla o se ha hallado en poder de su adversario o del tercero.

En cuanto a la prueba de Informes. Señala el Código de Procedimiento Civil en su artículo 433, que “Cuando se trate de hechos que consten en archivos u otros papeles que se hallen en oficinas públicas, Bancos, Asociaciones gremiales, Sociedades civiles o mercantiles e instituciones similares, aunque éstas no sean parte en el juicio, el Tribunal a solicitud de parte, requerirá de ellas informes sobre los hechos litigiosos que aparezcan de dichos instrumentos, o copia de los mismos”.

La prueba de informes es la forma a través de la cual las entidades públicas o privadas rinden su testimonio o declaración sobre determinados hechos de los cuales tienen conocimiento, sean o no parte en el juicio; por lo que, dicha prueba sólo podría ser solicitada a personas jurídicas.

De esta manera, la parte que pretenda valerse en juicio del contenido de un mensaje de datos y sólo cuente con la impresión del mismo, podrá acreditar la autenticidad de su contenido a través de una prueba de informes, con la finalidad de que el juez o el árbitro ordene a su contraparte, o a un tercero, la declaración escrita del conocimiento que éste posea sobre los hechos o datos contenidos en los archivos electrónicos de su computador.

En cuanto a la prueba de inspección judicial, esta se encuentra regulada en los artículos 472 al 476 del Código de Procedimiento Civil, y su finalidad es que el juez o el árbitro perciban de modo inmediato y a través de sus sentidos cosas, personas o sitios litigiosos; es decir, poner al juez en contacto directo con los hechos. Lo que implica que los hechos a inspeccionar no se encuentren materializados de forma escrita, pues en este caso estamos ante un documento que bien puede ser trasladado al proceso conforme a las reglas establecidas para la prueba por escrito.

En efecto, atendiendo a la finalidad de la prueba de inspección judicial, ésta sólo es eficaz en cuanto permita al Tribunal apreciar, por las exterioridades de la cosa inspeccionada, el hecho que se trata de averiguar; por lo que, necesariamente debe tratarse de un hecho actual y presente que el juez pueda conocer directamente y no, de un hecho pasado.

Ahora bien, conforme a lo expuesto la prueba de inspección judicial no parece ser la más idónea para la introducción procesal de los mensajes de datos. En esto compartimos la opinión de SANCHIS CRESPO para quien no puede mantenerse que el juez perciba directamente hechos cuando para hacerlo deba llevar a cabo una labor mental de representación y actualización de información que, por otro lado, sólo intelectualmente se consigue, con lo que la percepción inmediata del juez no es más que una ilusión.

Sin embargo, si lo que se pretende probar es la imagen o el sonido de un determinado mensaje de datos que circulan por Internet (por ejemplo, de un museo virtual o una página web), consideramos que la prueba de inspección judicial sí podría resultar adecuada, toda vez que el órgano jurisdiccional estaría empleando el sentido de la vista sólo para observar y no para leer, como sucedería en el caso de un mensaje escrito electrónicamente.

CAPITULO III
CONSIDERACIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS PRUEBAS
ELECTRONICAS

Recientemente la Corte Superior del Niño y el Adolescente del Área Metropolitana y Nacional de Adopción Internacional de Venezuela dictó una sentencia en la cual se señala que un e-mail aportado al juicio en formato impreso tiene el mismo valor de una fotocopia y por tanto, al no ser desconocido por la contraparte en la oportunidad procesal correspondiente se tiene como fidedignas (Colección de Jurisprudencia de Ramírez & Garay, Tomo 217, Sentencia N° 2201-04).

Esta sentencia no debería sorprender dado que se hizo aplicación directa del aparte único del artículo 4 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas de Venezuela (LSMDFE) que señala que “la información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.” Lo que si sorprende es que pasados cinco años de la entrada en vigencia de la LSMDFE, es la primera vez, al menos en sentencia publicada en las principales colecciones jurisprudenciales venezolanas, en la cual se aplica correctamente su normativa.

En sentencia de fecha 27 de abril de 2006, dictada por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, estableció régimen de visita cibernética.

El referido órgano jurisdiccional marcó un antecedente a nivel nacional, al efectuar una entrevista mediante video conferencia con la utilización de Internet. Para la realización de éste acto, denominado iuscibernético procesal, se utilizó el sistema de Chat a través del programa Messenger, el cual fue proyectado por video beam para que todos los presentes en el Despacho pudiesen observar, leer lo escrito en el Chat, ver mediante la cámara web al menor y a su madre, y al mismo lograr que estos últimos pudieran ver al Juez y a todos los presentes en el Despacho. Inclusive, se pudo escuchar la conversación que entre los actores procesales se mantuvo, vía Internet, gracias al sistema de video conferencia ofrecido por el aludido programa. Estableció el Tribunal, que la ciencia informática y la ciencia del derecho están interrelacionadas y funcionan eficazmente, por cuanto el Derecho en su aplicación es ayudado por la informática que estructurada por ciertas reglas y criterios permiten el nacimiento del Derecho Informático como una ciencia que surge a raíz de la cibernética.

CAPITULO IV

CONSIDERACIONES SOBRE LAS PRUEBAS ELECTRÓNICAS EN EL DERECHO COMPARADO

En el derecho comparado tenemos la Ley argentina de Firma Digital que define en su artículo 6 el documento digital como “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo”, estableciendo adicionalmente en forma expresa el principio de equivalencia funcional al señalar que un “documento digital también satisface el requerimiento de escritura”. Sin embargo, en el artículo 11 limita la definición anterior al señalar que el documento electrónico original es “el firmado digitalmente y los reproducidos en formato digital firmados digitalmente a partir de originales de primera generación en cualquier otro soporte, también serán considerados originales y poseen, como consecuencia de ello, valor probatorio como tales, según los procedimientos que determine la reglamentación”. Lo anterior implica que solo se considera documento original a efectos de esta ley y por tanto, producirá los efectos correspondientes, el que esté firmado digitalmente. Curioso, a efectos de la ley argentina un e-mail no constituye un documento original a pesar de ser considerado como equivalente a un documento escrito.

La Ley de Comercio Electrónico de Colombia en su artículo 19 que se presume que cada mensaje de datos recibido es un mensaje de datos

diferente, salvo en la medida en que duplique otro mensaje de datos, y que el destinatario sepa, o debiera saber, de haber actuado con la debida diligencia o de haber aplicado algún método convenido, que el nuevo mensaje de datos era un duplicado. El mismo texto, con puntos y comas, es reproducido en el artículo 19 de la Ley de Firmas Electrónicas Panamá y el artículo 19 del Proyecto de Ley de Firmas Electrónicas de Guatemala.

Podemos interpretar sin temor a confusión que el documento original será aquel en formato electrónico con independencia de su soporte material, sin embargo, a diferencia de la ley venezolana ésta hace la salvedad en cuando a que si el usuario del mismo supiese o debería poder saber que se trata de un duplicado al aplicar algún procedimiento convenido éste documento no deberá ser tenido por original.

El artículo 12 de la Ley de Comercio Electrónico de Ecuador establece que cada mensaje de datos será considerado diferente y que en caso de duda, las partes pedirán la confirmación del nuevo mensaje y tendrán la obligación de verificar técnicamente la autenticidad del mismo.

Nuevamente, tenemos presente, al igual que en Colombia, el principio de que cada mensaje de datos duplicado es considerado diferente y se establece un procedimiento a seguir en caso de duda. Obviamente, si no se

aplica dicho procedimiento o de aplicarse no se puede establecer cual es el mensaje original, pues ambos deberán ser considerados como originales.

Finalmente, en los Estados Unidos de América, las Normas Generales de Derecho Probatorio, legislación federal que intenta armonizar los principios probatorios y que ha sido adoptada por la mayoría de los estados de la Unión, estipula que los registros electrónicos o cualquier otra información telemática constituyen verdaderos “escritos” y que un documento impreso que es una reproducción fiel de la información electrónica constituye un original. De acuerdo con estas normas, se puede aceptar como prueba una versión impresa de la información electrónica, como por ejemplo, la impresión de una página Web o de un correo electrónico.

La conclusión evidente que surge de la interpretación de todas las leyes señaladas es que cuando estamos ante la presencia de un mensaje de datos que satisface el requisito de escritura de conformidad con la ley de cada país y por tanto, producirá todos los efectos que las leyes establecen para los documentos escritos, será éste y solo este, en su formato original que es el electrónico el que pueda considerarse como documento original en forma independiente del soporte material que lo contenga. Cualquier otra reproducción de este documento no puede tener un valor diferente al de una

reproducción de un documento original, es decir, al de una copia fotostática, reproducción fotográfica o similar.

Los grandes cambios en la forma de expresión de la voluntad en los actos jurídicos que ha producido la tecnología moderna generan la necesidad de regular todo lo relativo a la eficacia probatoria de los documentos, para admitir los nuevos soportes y métodos de registro.

Debe admitirse que los avances tecnológicos permiten afirmar hoy que la escritura ológrafa no es el único medio hábil para registrar una manifestación de voluntad, que revista los caracteres de representativo, susceptible de percepción sensorial y aprehensión mental, y que sirva de demostración histórica indirecta y representativa de un hecho o idea. En consecuencia, debe aceptarse como documento todo registro sobre un soporte material de un mensaje en lenguaje destinado a la comunicación, para expresar con claridad la voluntad de las partes mediante signos, jeroglíficos o de modo similar.

Soporte documental es todo elemento o substrato material (entre los que se incluye en papel) sobre el que se asienta la información.

Los soportes magnéticos, electrónicos u ópticos resultan equivalentes al soporte papel en cuanto a seguridad documental.

Todo documento, cualquiera sea el soporte de la información puede ser admitido como medio de prueba en relación a actos jurídicos y contratos, siempre que reúna los caracteres de inalterabilidad y autenticidad.

CONCLUSIONES

La promulgación de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas constituye un importante avance en materia probatoria, al definirse lo que constituye el equivalente a un documento escrito, la firma y el original en el entorno electrónico y, además, establecerse el régimen aplicable para la admisibilidad, promoción y evacuación en juicio de tales documentos (el de las pruebas libres); sin embargo, al remitirse a las formas procesales ordinarias previstas en el Código de Procedimiento Civil, la prueba de los hechos o actos contenido en un mensaje electrónico sigue siendo una prueba compleja.

En nuestro ordenamiento jurídico las pruebas o evidencia de los hechos y de los contratos no tienen restricción, salvo claro está en aquellos casos en los cuales determinados negocios jurídicos requieren ciertas solemnidades como constar en un documento público o privado auténtico (por ejemplo, compra-venta de un bien inmueble o de una nave o aeronave, las capitulaciones matrimoniales, etc.). En este sentido, es perfectamente posible utilizar documentos electrónicos que circulen por Internet, como medio de prueba en un determinado litigio.

Cuando estamos en presencia de un mensaje de datos que satisface el requisito de escritura de conformidad con la ley de cada país y por tanto, producirá todos los efectos que las leyes establecen para los documentos escritos, será éste y solo este, en su formato original que es el electrónico el que pueda considerarse como documento original en forma independiente del soporte material que lo contenga. Cualquier otra reproducción de este documento no puede tener un valor diferente al de una reproducción de un documento original, es decir, al de una copia fotostática, reproducción fotográfica o similar.

El tema probatorio se verá enormemente simplificado, por cuanto es materia de la Ley de Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos reconocer la eficacia probatoria de los mensajes de datos, los cuales son considerados ahora como documentos escritos. Asimismo, la firma electrónica es reconocida de igual manera que la firma autógrafa. A los fines probatorios, la acción de los operarios de justicia estará simplificada a la hora de investigar un delito electrónico.

En virtud del derecho fundamental a utilizar todos los medios de prueba pertinentes, la demostración de un hecho o de un evento con trascendencia jurídica que haya ocurrido en Internet, podrá ser alcanzado a través de cualquier medio de prueba (legal o libre) siempre, claro está, que éste sea

susceptible de contribuir a formar el convencimiento del juez y haya sido obtenido en forma lícita.

Con la finalidad de imprimir seguridad jurídica a las transacciones comerciales y, en general, a las comunicaciones a través del uso de redes de información, recomendamos tomar las siguientes precauciones:

- 1.- Usar sistemas de computación que permitan la conservación de registros e información electrónica mediante medios duraderos e inalterables (soporte magnético u óptico), y en el mismo orden de transmisión o recepción.
- 2.- Adoptar las medidas de seguridad necesarias, tales como doble copia del registro contentivo del documento electrónico que, técnicamente, permita garantizar la lectura y recuperación de su contenido.
- 3.- Conservar en soportes físicos (papel) cada transacción o en cualquier sistema que asegure la inalterabilidad del mensaje de datos (discos ópticos).
- 4.- Utilizar y exigir en las transacciones comerciales la firma electrónica de su co-contratante.
- 5.- Los documentos electrónicos, así como las facturas electrónicas (en caso de obtenerse la autorización respectiva de la Administración Tributaria), deben conservarse bien en formatos electrónicos (archivos electrónicos) o impresos ya que tales documentos sirven como soporte de los libros comerciales y contables, de los comerciantes. Por lo tanto, deben ser identificados, numerados y fechados desde su inserción.

6.- De ser posible y atendiendo a la legislación de cada país, es recomendable que las partes que realicen intercambios comerciales frecuentes, celebren un acuerdo escrito, donde se establezca que independientemente de las regulaciones en materia de pruebas en sus respectivos países, reconocen como prueba válida y eficaz los archivos contenidos en los servidores que respaldan la página Web y donde ésta vive electrónicamente o mensajes electrónicos que concuerden con el criterio establecido por las partes (existencia de medidas de seguridad garantizadas, almacenamiento de datos en sistemas confiables, etc).

7.- Los usuarios que deseen ser identificados en Internet, deben procurar utilizar técnicas de seguridad, como la criptografía o código secreto (una contraseña específica para cada usuario o una firma electrónica) que pueda ser empleado para probar la autoría y autenticidad del mensaje de datos.

8.- De ser posible, las partes deberán acordar un procedimiento especial para establecer cuando un mensaje de datos proviene efectivamente del emisor, pudiendo, en todo caso, adoptar el procedimiento general establecido al efecto por la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Cabrera, E. (1997). **Contradicción y control de la prueba legal y libre** (Tomo I). Caracas: Editorial Arte.
- Carocca, A. (1998). **Garantía constitucional de la defensa judicial**. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Colerio, J. (1993). **Pautas para una teoría del valor probatorio del documento electrónico**. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Couture, E. (1979). **Estudios de derecho procesal** (3° ed., Tomo II). Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Echandía, D. (1984). **Teoría general del proceso** (Tomo I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Falcón, E. (2003). **Tratado de la prueba**. Buenos Aires: Astrea.
- Fernández, F. (2001). **La firma electrónica y los delitos en la red**. Caracas: Baker & McKenzie.
- Fernández, F. (2001). **Legislación penal especial venezolana. Un caso de inflación legislativa**. Caracas: Baker & McKenzie.
- Fernández, F. (2000). **Los Delitos en la Internet**. Caracas: Baker & McKenzie.
- Guerrero, F. y otros. (1998). **Penalización de la criminalidad informática**. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez, Ltda.
- Herzog, R. (1996). **Seminario sobre seguridad jurídica y estado de derecho** (Palabras de Roman Herzog). Caracas: Fundación Konrad Adenauer.
- Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil**, (Traducción de Santiago Sentís Melendo). Buenos Aires: Jurídicas Europeo –Americana).
- Montero, J. (1998). **La prueba en el proceso civil**. Madrid: Civitas.

- Ortíz-Ortíz, R. (2001). **Hábeas data, derecho fundamental y garantía de protección de los derechos humanos de la personalidad** (Derecho a la información y libertad de expresión). Caracas: Editorial Frónesis, S.A.
- Rengel, A. (1999). **Tratado de derecho procesal civil venezolano** (2° ed., Tomo IV). Caracas: Editorial Arte.
- Rodríguez, G. (2004). **El comercio electrónico** (E-commerce). Barquisimeto.
- Salgueiro, J. (2006). **Documento electrónico original**. Caracas: Revista de Derecho Informático No. 100, Noviembre 2006.
- Sanchis, C. (1999). **La prueba por soportes informáticos**. Valencia-España: Tirant lo blanch.
- Sentis, S. (1978). **La prueba**. Buenos Aires: EJEA.
- Tablante, C. (2001). **Delitos informáticos delincuentes sin rostros**. Caracas: Fundación En Cambio.
- Tornabene, M. (1999). **Internet para abogados** (nueva herramienta para el mejor desarrollo profesional). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Viggiola, L., y Molina, E. (1999). **Valor probatorio de los documentos emitidos por sistema informático**. Ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre Derechos y Garantías en el Siglo XXI. Asociación de Abogados de Buenos Aires, Buenos Aires.
- Viloria, M. (2001). **Comercio electrónico y facturas digitales**. Caracas: Revista Inversiones No. 211, Febrero 2001.
- Viloria, M. (2001). **Los Mensajes de datos y la prueba de los negocios, actos y hechos con relevancia jurídica soportados en formatos electrónicos**. Caracas: Revista de Derecho Informático No. 036, Julio 2001.
- Zarich, F. (2000). **Derecho informático**. Argentina: Editorial Juris.

Constitución Nacional de Venezuela. (1961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela.** (Nº 662, Extraordinaria).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** (Nº 36.860, Extraordinaria).

Decreto-Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas. (2001). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** (Nº, 37.148 Extraordinaria).

Ley Especial Contra los Delitos Informáticos. (2001). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** (Nº 37.313, Extraordinaria).