UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

VICERRECTORADO ACADÉMICO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

ÁREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

TRABAJO ESPECIAL DE GRADO

LA PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES

(LA ENTRADA DE NUEVAS FUENTES AL PROCESO)

Presentado por
Reyes González, Minerva A.

Para optar al título de

Especialista en Derecho Procesal

Asesor

Blanco Rodríguez, José Carlos

Puerto Ordaz, Julio de 2.010

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

LA PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES.
(LA ENTRADA DE NUEVAS FUENTES AL PROCESO)

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

Autor: Minerva A. Reyes González.

Asesor: José Carlos Blanco Rodríguez.

Puerto Ordaz, Julio de 2.010

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO

ÁREA DE DERECHO

ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES.
(LA ENTRADA DE NUEVAS FUENTES AL PROCESO)

Puerto Ordaz, Julio de 2.010.

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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogado **Minerva A. Reyes González**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: **La Promoción de las Pruebas Libres (La Entrada de Nuevas Fuentes al Proceso)**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe

En la Ciudad de Puerto Ordaz, a los Veinticuatro (24) días del mes de Febrero del año 2.010.

_____

José Carlos Blanco Rodríguez
C. I. V- 10.332.892

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

La Promoción de las Pruebas Libres (La Entrada de Nuevas Fuentes al Proceso)

Por: Minerva A. Reyes González

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Puerto Ordaz, a los ___ días del mes de _____ de 2010.

_____ _____

C.I C.I

DEDICATORIA

Ha sido Dios,
quien ha permitido que la sabiduría
dirija y guíe mis pasos,
quien ha iluminado mi sendero.
dándome fortaleza para continuar;
por ello, con toda la humildad de mi corazón,
dedico primeramente mi trabajo a Dios.

De igual forma, a mis padres,
por su comprensión y ayuda en todo momento,
me han enseñado a encarar las adversidades
sin perder nunca la dignidad ni desfallecer en el intento;
quienes han sabido formarme con buenos sentimientos,
valores y principios, lo cual me ha ayudado a salir adelante
buscando siempre el mejor camino, enseñándome
todo lo que soy como persona, mi perseverancia y empeño,
con una gran dosis de amor y sin pedir nunca nada a cambio.

Para mi esposo,
por su paciencia, su comprensión, su empeño,
por su fuerza, su amor, siendo la persona que más directamente
ha sufrido las consecuencias del trabajo realizado.

Para mi hermana y mis dos adorables sobrinos
por su apoyo y su voto de confianza.

A mi hijo, por formar parte de mí, apareciendo y cambiando mi vida.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente doy infinitamente gracias a Dios, por haberme dado fuerza y valor para terminar estos estudios de Especialización.

Agradezco también la confianza y el apoyo de mis padres, esposo, hermana y sobrinos, porque han contribuido positivamente para llevar a cabo esta difícil jornada, por estar conmigo incondicionalmente, ya que sin ellos y sus enseñanzas no estaría aquí ni sería quien soy ahora.

A todos los profesores de la UCAB que me asesoraron, porque cada uno, con sus valiosas aportaciones, me ayudaron a crecer como persona y como profesional, en especial me gustaría agradecer sinceramente a mi tutor de tesis, Dr., José Carlos Blanco, por su esfuerzo y dedicación. Sus conocimientos, sus orientaciones, su manera de trabajar, su persistencia, su paciencia y su motivación han sido fundamentales para mi formación como investigador. Él ha inculcado en mí un sentido de responsabilidad y rigor académico sin los cuales no podría tener una formación completa como investigador. A su manera, ha sido capaz de ganarse mi lealtad y mi admiración, así como sentirme en deuda con él por todo lo recibido durante el pregrado, postgrado y durante todo el período de tiempo que ha durado esta Tesis.

Un agradecimiento muy especial, a mis compañeros en el Escritorio Jurídico Mata – Mata & Asociados, en el que laboro, por su comprensión y por la gran calidad humana que me han demostrado y actitud de respeto, brindándome valiosa información para realizar mi trabajo de tesis.

INDICE GENERAL

pág

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DEL ASESOR iii

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DEL JURADO iv

DEDICATORIA v

AGRADECIMIENTOS vi

ÍNDICE GENERAL vii

SIGLAS viii

RESUMEN lx

INTRODUCCIÓN x

CAPÍTULOS xi

I. NOCIONES GENERALES DE LAS PRUEBAS LIBRES 1

Antecedentes 1

Definición 6

Características 13

Clasificación de las Pruebas Libres 14

Clasificación de las Pruebas Libres según su relación con los medios legales 14

Clasificación de las pruebas libres según la forma cómo evidencian los hechos 14

El Derecho de Probar y la Libertad de medios probatorios 16

II. NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE PRUEBAS LIBRES 19

Fundamentos Legales 20

Fundamentos Jurisprudenciales 22

III. MEDIOS DE PRUEBAS MÁS NOVEDOSOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO 25

A. Las reproducciones 28

B. Las Copias 30

C. Los Periódicos 32

D. El Telegrama 33

E. El Telefax 34

El Telefax como copia de un documento 34

El Telefax como medio de prueba 37

F. Grabaciones Magnetofónicas 44

Fundamento legal 46

G. Medios Audiovisuales 49

Definición de Audiovisual según la LSDA 50

Clases de Audiovisuales 51

El Audiovisual como medio de prueba 52

Comparación del Audiovisual con otros medios de prueba 53

1) Documentos 53

2) La Inspección Judicial 54

3) Experimento Judicial 55

El Audiovisual como medio de prueba autónomo 56

El Audiovisual como objeto de prueba 56

H. Producciones Computarizadas. Los Juegos de Video 57

Noción de Juego de Video 57

Importancia de su consideración como medios audiovisuales 61

Como medio de prueba para demostrar violaciones a la LSDA 61

1) Acción Declarativa o de Asertimiento 62

2) Acción Inhibitoria 63

3) Acción de Multa en caso de contravención 63

4) Acción de remoción o destrucción 63

5) Acción de Daños y Perjuicios 63

Como medio de prueba para demostrar violaciones a otras Leyes 64

Eficacia Probatoria de estos medios de prueba 65

Dificultades derivadas del Desarrollo Tecnológico 65

I. Experimentos Científicos mediante el uso de sistemas computarizados. La Tomografía. La Endoscopia 67

Noción de Experimentos Científicos mediante el uso de sistemas computarizados 67

Importancia de su consideración como medios audiovisuales 68

Como medio de prueba para demostrar daños producidos por mala praxis médica 69

Eficacia Probatoria de estos medios de prueba 70

Dificultades derivadas del Desarrollo Tecnológico 70

Pruebas Auxiliares 71

J. Las Proyecciones Gráficas al servicio de otras Disciplinas Científicas 71

Proyecciones Gráficas de utilidad para la Industria Aeronáutica 72

Proyecciones Gráficas de utilidad para las autoridades judiciales 72

K. Medios Informáticos: Correos Electrónicos, Páginas Web, Mensajes de Datos 73

La Tecnología de la Información y su Repercusión Procesal 75

Derechos Involucrados en la Prueba Informática 77

Formas de Tratamiento Probatorio de los Medios Informáticos 78

1) Como fuente de prueba 78

2) Como medio de prueba 79

3) Como objeto de prueba 81

La Actividad Probatoria con los Medios Informáticos 81

Promoción como medio de prueba documental 82

Otras formas de aportación y prueba de su existencia 84

1) Inspección Judicial 84

2) Experticia o Pericial 85

3) Prueba Indiciaria 86

Admisibilidad de las pruebas informáticas como medio de prueba 86

Algunas sugerencias de Pruebas Informáticas 86

1) Pruebas del registro de una página web 87

2) Prueba de la autoría 87

3) Prueba de contenidos de una página web 87

3) Prueba de ataques on line 88

Evacuación o práctica de la Prueba Informática 88

IV. FORMA EN QUE LAS PRUEBAS LIBRES PODRÁN SER INCORPORADAS AL PROCESO CIVIL VENEZOLANO 90

Tips para promover el Fax como medio de prueba 94

Tips para promover las Grabaciones Magnetofónicas como medio de prueba 97

Tips para promover pruebas de Medios Audiovisuales 98

Tips para promover pruebas de Experimentos Científicos mediante el uso de sistemas computarizados 102

Tips para promover pruebas sobre Mensajes de Datos (Correo Electrónico) 103

Tips para promover pruebas de Medios Informáticos 104

Tips para promover pruebas relacionadas con Teléfonos Celulares o Móviles 107

V. CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES APORTADAS PROCESO POR LAS PARTES 110

VI. VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES POR EL JUEZ A LA HORA DE SENTENCIAR 133

VII. TRATAMIENTO DADO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA A LAS PRUEBAS LIBRES 143

CONCLUSIONES 164

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 167

LISTA DE SIGLAS

CC. Código Civil.

C.COM. Código de Comercio.

COT. Código Orgánico Tributario.

CPC. Código de Procedimiento Civil.

COPP. Código Orgánico Procesal Penal.

CRBV. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

LMDFE. Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

LOPNA. Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente.

LOPT. Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

LSDA. Ley Sobre Derecho de Autor.

LOSSEP. Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

TSJ. Tribunal Supremo de Justicia.

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

LA PROMOCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES. (LA ENTRADA DE NUEVAS FUENTES AL PROCESO)

Autor: Minerva A. Reyes González.
Asesor: José Carlos Blanco Rodríguez.
Fecha: Junio 2009.

RESUMEN

La presente investigación tendrá por objeto estudiar exhaustivamente los medios de pruebas más novedosos en nuestro ordenamiento jurídico venezolano, cuya producción y reproducción en el proceso no están detalladamente establecidas en la leyes venezolanas, donde se procurará establecer la forma en que las pruebas libres podrán ser incorporadas al proceso, su evacuación, las posibilidades de contradicción por las partes como garantía al debido proceso, al derecho a la defensa y a la igualdad, paseándonos por el tipo de valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar para finalmente determinar cual ha sido el tratamiento que el Tribunal Supremo de Justicia ha dado a las pruebas libres. En tal sentido y de acuerdo a los objetivos a desarrollar la investigación será documental de corte monográfico a nivel descriptivo, apoyándonos en fuentes bibliográficas y documentales, necesarias para cumplir los objetivos planteados. Como consecuencia de lo anterior, el instrumento a utilizar será un modelo de matriz de análisis de contenido cualitativo, el cual será necesario para registrar y analizar el contenido de la información recolectada. El análisis de la información que se extraiga de la doctrina, las leyes y la jurisprudencia, se hará de forma lógica, en atención a los principios generales del derecho.

Descriptores: Pruebas Libres, medios de pruebas mas novedosos, forma de incorporación al proceso, evacuación, posibilidades de contradicción y valoración.

INTRODUCCIÓN

Toda pretensión jurídica invocada en juicio debe ser acreditada mediante las reglas dadas por el derecho probatorio de cada país, ya que de ello depende la efectiva titularidad sobre un derecho discutido o negado. Por ello, la prueba se constituye en la base fundamental del proceso y en una condición de seguridad jurídica esencial para el pronunciamiento de una sentencia justa y objetiva.

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, al tiempo que ha contribuido a borrar fronteras, comprimir el tiempo y acortar las distancias, siendo una realidad el crecimiento sin precedentes de la industria, el comercio de las computadoras y el lanzamiento de satélites de comunicación, creación de software, diseño de chips y juegos electrónicos, creación de material para la industria de la enseñanza electrónica. El vertiginoso desarrollo de las redes, de los medios informáticos y telemáticos ha producido notables cambios en el intercambio de la comunicación y en el desarrollo del comercio y contratación *"on line".*

En nuestra legislación las pruebas son clasificadas en legales y libres, esta clasificación viene dada en razón de que existen pruebas taxativamente señaladas y desarrolladas en las leyes de nuestro país, donde el legislador no se limita a nombrarlas sino que explica como es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar, pero también existen otras clases de pruebas

que en el marco de las facultades del juez es él quien debe ordenar su evacuación bajo su respectiva supervisión o a través de la supervisión de otro funcionario que pueda dar fe de los hechos sucedidos, las cuales por ende son desarrolladas dentro del proceso.

El derecho como quehacer dinámico en constante evolución, requiere del empleo de nuevos medios de pruebas y consecuencialmente de técnicas probatorias, mas aun en aquellos nacidos dentro de la evolución de la tecnología y para lo cual debemos adaptarnos, y tanto la doctrina como la jurisprudencia deberán de ajustar sus criterios para valorar las mismas, dándole apertura en el desarrollo del proceso.

Dada la importancia de la prueba, el legislador le proveyó a las partes un medio de pruebas libres las cuales podrán ser traídas al proceso por ellas siempre y cuando estas respeten los principios constitucionales y los del derecho probatorio, sean eficaces por su pertinencia, consentidas por la ley y por supuestos legales; donde el juez conforme al Código de Procedimiento Civil tendrá la facultad de dirigir su reproducción en el proceso, esto siempre en pro de la búsqueda de la verdad que solucione la controversia traída a la jurisdicción para que esta en el ejercicio de sus facultades imparta justicia.

Sin darnos cuenta, estamos atravesando un periodo de transición, una era informática de masas que va invadiendo todos los estamentos sociales, donde el creciente empleo de las tecnologías de la información como soporte material en el cual se concretan hechos y actos jurídicos actualmente, nos ha motivado a dedicar la presente investigación referida a las pruebas libres y a los problemas de la entrada de nuevas fuentes al proceso, como un medio de prueba admisible.

Es cierto que la tecnificación en estos últimos tiempos le ha prestado grandes servicios a la administración de justicia agilizando sus procedimientos y posibilitando un acceso mas expedito a las leyes, a la doctrina y a la jurisprudencia. La gestión de los juzgados se apoya cada vez más en la informática, pero a su vez, el progreso ha traído consigo nuevos problemas sobretodo en lo referente a la validez y valoración de las pruebas innominadas, más específicamente las soportadas en medios informáticos.

Tomando en consideración lo antes expuesto, se hace necesario realizar una investigación que tendrá por objeto estudiar exhaustivamente los medios de pruebas novedosos cuya producción y reproducción en el proceso no están desarrolladas en la leyes venezolanas, donde se procurará establecer cual es su valor probatorio y su forma de producirse en juicio. Todo esto conduce a un cambio de paradigmas, es obvio que tenemos que dar respuesta a ese movimiento y a esas nuevas formas de relaciones, lo que plantea la necesidad de nuevas regulaciones. Por ello, para la elaboración del presente trabajo de investigación se utiliza una metodología de tipo documental, con un diseño bibliográfico, en un nivel descriptivo.

De este modo, en el Capítulo I se establecen nociones generales de las Pruebas Libres: Antecedentes, Definición, Características, Clasificación según su relación con los medios legales y según la forma cómo evidencian los hechos. En el Capítulo II se analiza lo que consagra la Normativa Venezolana en materia de Pruebas Libres; describiendo en el Capítulo III del presente trabajo los medios de pruebas más novedosos en el ordenamiento jurídico venezolano, desarrollando la forma en que las Pruebas Libres podrán ser incorporadas al proceso civil venezolano en el Capítulo IV, precisando en qué medida podrán las partes contradecir las Pruebas Libres aportadas al proceso en el Capítulo V, haciendo un análisis del tipo de valoración que el

juez debe dar a las Pruebas Libres a la hora de sentenciar en Capítulo VI, para finalmente en el Capítulo VII de la presente investigación establecer cuál ha sido el tratamiento que ha dado el Tribunal Supremo de Justicia a las Pruebas Libres, estableciendo en definitiva cuál es la realidad de los medios de prueba libre en el ordenamiento jurídico venezolano.

Con la presente investigación se pretende establecer parámetros que en un futuro puedan ser considerados, al crearse en Venezuela una regulación mas amplia en relación al régimen probatorio y en especial, al de las pruebas libres, a través del cual no sólo se determinen maneras de promoción, sino se fijen y en especial, se controlen las nuevas modalidades de medios probatorios a incorporar en el proceso, garantizando su contradicción a la parte interesada y fijando parámetros de apreciación para el Juez, garantizando la plena vigencia del derecho a la defensa y al debido proceso; para lo cual se proporcionarán aportes conceptuales y teóricos en el área probatoria, y con ella se beneficiará a los alumnos en sus estudios de pregrado y postgrado, pudiendo servir como material de apoyo y fuente de consulta para toda persona interesada en el tema.

Asimismo el presente estudio estará dirigido a los integrantes del sistema de justicia: Jueces, Funcionarios, Policía o administrativos y demás órganos auxiliares, y en especial, a los Abogados del foro, quienes en definitiva son los destinatarios de las normas y quienes son los encargados de procurar y velar por los derechos e intereses de sus representados.

Por último se dirige a los particulares, como sucede en asuntos de estado civil, titulación de bienes para su comercio, en las relaciones de vecindad con un fin de prevención de litigios y garantía de los propios derechos, para tener conocimiento personal o seguridad subjetiva sobre los propios derechos.

CAPITULO I

NOCIONES GENERALES DE LAS PRUEBAS LIBRES

CAPITULO I
NOCIONES GENERALES DE LAS PRUEBAS LIBRES

Antecedentes

Para Guasp (1962) uno de los mayores problemas del hombre desde tiempos inmemoriales ha sido convencer y demostrar a otros la veracidad de sus afirmaciones, remontando el origen de las pruebas a los griegos y romanos en sus procesos civiles y penales, donde por regla general rigió el principio dispositivo, que coloca sobre las partes la carga de producir la prueba, y sólo en casos especiales se le permitía al juez tener iniciativa para decretarlas y practicarlas de oficio. Siendo los medios principales de prueba los testimonios, los documentos y el juramento; gozando en todo tiempo la prueba documental de especial consideración, teniendo valor de plena prueba. Pudiendo apreciarse que la evolución que hubo en Grecia sobre esta materia fue fundamental para la organización judicial de cualquier país.

Con el transcurso del tiempo el juez dejó de ser árbitro para representar al Estado en la función de administrar justicia; según afirma Devis Echandia (1981), lo que desde todo punto de vista constituyó un progreso, en cuanto se le dieron al juez mayores facultades para interrogar a las partes y determinar a cuál de ellas correspondía la carga de la prueba; pero con el tiempo vino un retroceso, desde el punto de vista de que en la actualidad prevalece, al restarle al juez facultades para la valoración de la prueba y entronizar un relativo sistema de tarifa legal que regulaba su valor; con menos rigor sin embargo del que imperó en Europa durante los siglos XVII al XIX, en lo civil especialmente.

De esta suerte dejó de existir la libre valoración que caracterizó el período anterior; siendo los medios de prueba los mismos, pero imponiendo restricciones a la testimonial dando mayor importancia a la documental; preparándose un tránsito del período anterior a la fase del sistema legal; abandonando poco a poco el sistema romano de la época de imperio, quedando en desuso aquellos medios bárbaros, con tendencia a un sistema rigurosamente legal.

Con el transcurso del tiempo surgió una nueva etapa en la evolución del concepto de prueba. El movimiento de liberación y reevaluación de la persona humana frente al Estado, que condujo a la Revolución Francesa y que se expandió por toda Europa, trajo, la reacción contra la tarifa legal y la implantación de la libertad de apreciación de las pruebas por el juez, tal y como lo afirma Giuliani (1961) en su obra Il concetto di prova.

Recae así la actividad probatoria a cargo de las partes, quienes podrán valerse de cualquier medio no prohibido por la ley para la demostración de sus hechos, en tanto sean legales, pertinentes y conducentes.

En este sentido, los medios de Prueba señalados expresamente en el Capítulo V, Título III del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil son la Prueba por escrito (sección primera); la prueba de testigos (sección segunda); las presunciones (sección tercera); la confesión (sección cuarta); el juramento (sección quinta); la experticia (sección sexta); y la inspección ocular (sección séptima).

Estableciendo el CPC como medios de prueba en el Capítulo II, Título II del Libro Segundo, referido al Procedimiento Ordinario, la norma rectora de los medios de prueba (Artículo 395) señalando que son admisibles en juicio las

que determine el CC, el CPC y otras leyes de la República. En los Capítulos siguientes refiere a los procedimientos sobre medios de prueba específicos como la confesión, el juramento decisorio, la prueba por escrito (que comprende los instrumentos, la exhibición de documentos, la tacha de instrumentos y el reconocimiento de instrumentos privados); la experticia, la inspección judicial, la prueba de testigos (que comprende la declaración de los testigos y la tacha de los testigos); y las reproducciones, copias y experimentos.

Concediendo nuestro actual régimen legal, además de estos medios de prueba, otros en diversas leyes de la República referidos a la prueba documental, como por ejemplo Fotos, Fotocopias, y Grabaciones, Actas contentivas de reparos formulados por la Dirección de Control Fiscal del Ministerio de Finanzas, registros de obras inventos, Cartas Catastrales y Planos emanados de la Oficina Nacional de Catastro de Tierras y Aguas, croquis de levantamiento de accidentes, Constancia emitida por la Municipalidad sobre aprobación del proyecto de urbanización para ser presentada al Registro, etc.

Como vemos nuestra legislación hoy día da apertura a las nuevas técnicas, dirigidos a objetivizar, mediante recursos no escriturales, los hechos de prueba, cuya valoración queda sujeta al criterio del juez sentenciador. Como vemos, el Código dota al juez de un poder al apreciar la valoración de la prueba que autores como Humberto Bello Lozano considera podría dañar el principio de igualdad procesal ya que castiga la rebeldía con la admisión de lo aducido por la parte contraria, lo que pondría en ventaja a la otra parte interviniente en el proceso.

Surgen entonces los medios de Prueba como los aportes que hacen las

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

Los medios de pruebas libres surgen como una brecha en la proporción de suficientes medios probatorios para las partes ya que con la evolución del mundo tecnológico de hoy, existen creaciones novedosas que podían servir por el transcurrir del tiempo en instrumentos de pruebas, lo que incidirá en todos los ámbitos del quehacer humano, entre estos la economía internacional y el derecho que debe estar presente en estas actividades con el fin de proteger a través de sus normas promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar.

Tomando en cuenta que la enumeración de los medios de prueba previstos por la ley son de manera enunciativa y no taxativa en nada se prohíbe al juez y a las partes en un proceso de acudir a aquellos medios que no estén establecidos en la ley, claro está, sometiéndose o ajustándose a las características propias del sistema probatorio.

Sin embargo, el Derecho a la Defensa no consiste solamente en la existencia de oportunidades para contradecir que la ley debe contemplar en el proceso como una institución, sino también en la oportunidad que deben tener las partes para demostrar los hechos que afirmen y que se controvierten a fin de que el fallo pueda determinar quien tuvo la razón. Por ello, la prueba en general es otra de las instituciones mediante las cuales la ley (el Derecho

Procesal) garantiza a las partes el Derecho a la Defensa.

Hoy día nuestra legislación da apertura a las nuevas técnicas. Así las reproducciones, planos, calcos, experimentos, experticias corporales, y grabaciones de actos están autorizadas por la Ley, dirigidos a objetivizar, mediante recursos no escriturales, los hechos de prueba, persiguiendo inclusive la representación plástica de lo documentado; existiendo la posibilidad de determinar la ocurrencia de un hecho o el modo como ciertamente ocurrió a través de la reconstrucción de hechos o mediante la realización de experimentos, que hacen perceptibles simular el hecho repitiéndolo artificialmente.

Asimismo, podemos percibir un objeto bajo determinadas condiciones climáticas o desde cierto ángulo visual, para ratificar la veracidad de un testigo fundamental; la composición fotográfica, gráfica o fotostática de la voz, de un documento o de un paraje, a los fines de demostrar el carácter fraudulento de una reproducción que se tiene por fidedigna; la repetición o simulacro del modo cómo supuestamente se cometió un delito, para verificar su probabilidad real.

Siendo posible el examen de visu (inspección) o científico del cuerpo o de la psiquis de la parte en juicio, radiografías, radioscopias; o bien a su colaboración activa, material, para hacer posible una reproducción, reconstrucción, experiencia o experticia; y similar a la anterior, la prueba dirigida a la obtención de de elementos de prueba de origen corporal, cuya negativa queda sujeta a la valoración del juez sentenciador.

En el presente trabajo se realizará un estudio exhaustivo de medios de pruebas novedosas de cuya producción y reproducción en el proceso no

están detalladamente establecidas en la leyes venezolanas, donde se procurará establecer cual es su valor probatorio, su forma de producirse en juicio y su forma de contradicción.

Conforme a lo señalado, la existencia de la oportunidad teórica para probar no basta. La prueba nace de la proposición del medio por uno de los sujetos procesales, y al igual que para cualquier petición, debe existir, para quien no la hace, la posibilidad de cuestionarla integralmente, y por ello, existe como otra emanación del Derecho a la Defensa, el principio de contradicción de la prueba, garantía o derecho constitucional de que en todo proceso existe la posibilidad de cuestionar las peticiones de los sujetos procesales, lo que nos lleva a la necesidad de elaborar el presente estudio.

Ahora es cuando hay necesidad de utilizar al máximo el derecho a la defensa en toda su extensión, ante un proceso con medios libres (algunos inimaginables), los cuales pueden alterar –conforme a su uso- el derecho a la defensa y la igualdad procesal. Por algo el CPC insistió en que el Juez garantizara la defensa de los litigantes. Y en este sentido, la presente investigación proporcionará una herramienta para la defensa de los derechos de los justiciables, ya que en la medida que conozcamos y fomentemos la discusión por estos apasionantes temas muy discutidos, podremos garantizar el respeto a nuestras instituciones, el derecho a la defensa y a la igualdad procesal.

Definición

Las pruebas para Parrilli (1997) constituyen " los actos jurídicos procesales en que intervienen las partes y el juez, en su pretensión de buscar las causas o explicaciones que conduzcan a esclarecer los hechos para proporcionar al

juzgador una verdadera convicción sobre esos acontecimientos, permitiéndole decidir, a través del raciocinio, el conflicto que se ha desarrollado en el proceso" (p. 256). Partiendo de la siguiente premisa se puede comenzar señalando la importancia de lo que es el medio de prueba y su forma de evacuación en el proceso, ya que es a través de ellas que las partes van a corroborar sus alegatos en juicios y son ellas las que van a dirigir al sentenciador a la verdad de los hechos para una decisión justa y diligente.

Para Devis Echandia (1961, p. 164) las pruebas judiciales constituyen el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, atención y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso. Expresando de igual forma de este autor (1993, p. 131) que este principio tiene dos aspectos a saber: "Libertad de Medios y Libertad de Objeto". El primero se refiere a que no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez la facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere a que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No debiendo limitarse la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho a la defensa.

El tratadista Florián, citado por Devis Echandia (1993, p. 132), afirma *que "la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos o artificiales".*

Parilli (1991, p. 213) considera los Medios de Prueba como los aportes que hacen las partes al proceso, a través de los instrumentos que la ley otorga para trasladar hechos del mundo de lo cotidiano al expediente, de manera

que se puedan verificar las afirmaciones de las partes o se pueda fijar una situación fáctica que existe o ha existido; constituyen entonces, de una o otra manera, todo aquel elemento que sirve para convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado.

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

Resulta necesario destacar la diferencia que existe entre Fuentes y Medios de Prueba, según la cual, será Fuente de prueba es todo aquello que tenga significación probatoria y que sea preexistente al proceso e independientemente del mismo. Y será Medio de Prueba, el acto de incorporación de esos hechos al proceso (Sentis Melendo: citado por Cabrera Romero en clase dictada en el Seminario sobre la Prueba Audiovisual del Post-Grado especialización en Derecho Procesal, de la UCAB el 07-09-94).

En principio, la elección de los Medios de Prueba es facultativa privativa de los litigantes salvo que la ley exija una prueba determinada o que medie una prohibición expresa. La determinación de los medios de Prueba mientras no exista arbitrariedad que impida la producción de la que es admisible o

pertinente, es facultad del Juez de la causa, ratificado por el tratadista Henriquez La Roche (2005, p. 223).

En protección del derecho constitucional a la defensa, las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba que puedan demostrar sus hechos. Interesa, también, para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, que haya libertad probatoria. La regla es que las partes puedan acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, que las restricciones y excepciones sean de derecho estricto y no se puedan aplicar analógicamente a supuestos distintos a los previstos en la Ley. Sólo se limita esta libertad, en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye de su ingreso al proceso (regla de exclusión).

De manera que, el derecho a probar se manifiesta con toda su certeza en el proceso, cuando es necesario demostrar que se tiene el derecho y la razón en la pretensión, Ricci (1958, p. 127).

En relación a las Pruebas Libres, Henríquez La Roche (2005, p. 225-226) sostiene *que "...La regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al nacimiento de la prueba, salvo que esté expresamente prohibido por la ley. Como la ley no puede regularlos a todos por su diversidad o porque su invención y práctica es la posterior a la legislación, deben aplicarse siguiendo la analogía que tengan con los medios probatorios típicos, previstos en el Código Civil y regulados en su modo y oportunidad*

por la ley adjetiva. La falta de aplicación por analogía de estas reglas da lugar a la irregularidad de la prueba atípica y a su consiguiente ineficacia procesal; siendo incluso denunciable en casación (Art. 320, segundo párrafo)...".

Como vemos, si el juez considera que no hay semejanza entre la prueba libre y el medio probatorio previsto por el Código Civil, o considera que la semejanza es accidental y que la aplicación analógica de las normas sustantivas típicas distorsionarían la esencia y la finalidad de la prueba atípica, así lo motivará en el auto que dicte y procederá a fijar la forma de promoción y de evacuación (o calificar la promoción ya hecha), de acuerdo a lo señalado en la parte final de este artículo 395. De hecho así lo prevé en términos generales –como fundamento de la parte final de esta disposición- artículo 7°...".

En los mismos términos se ha pronunciado el autor José Pedro Barnola Quintero (2004, p. 519-520) considerando que *"…La ampliación del número de medios de prueba admisible al extenderse dicha admisibilidad a medios de prueba consagrados en leyes distintas a las del Código Civil, como ha sido tradicional en este punto. Igualmente se consagra la posibilidad de emplearse en el proceso cualquier otro medio de prueba no prohibido por la ley…"*

Reflejo del Código Modelo Iberoamericano de Derecho Procesal, resulta la disposición del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil venezolano. Dicha disposición consagra que estos otros medios de prueba se promueven y evacuan aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, o atendiendo a la

disciplina judicial de las formas procesales, al estatuir que en defecto de normas la evacuación se llevará a cabo en la forma que señale el juez.

El profesor Parra Quijano (2001, p. p. 12) ha sido enfático en una tesis que acogemos, que es la de defender la libertad de medios de prueba, pero esto no significa de ninguna manera que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados.

En la doctrina italiana los medios probatorios que no están tipificados en la Ley se denominan “atípicos” o también “prueba atípica”, en otras “innominados” o “prueba innominada”. Sin embargo debe advertirse, que el hecho que éstos no estén previstos expresamente no significa de manera alguna que tengan un valor o eficacia probatoria menor que los previstos en la Ley. Son todas pruebas del mismo rango procesal y su eficacia probatoria pasa por que satisfagan los requisitos de existencia, validez y por supuesto los principios de eficacia, y de su relación con los otros medios en el contexto del proceso.

Por su parte, el autor Antonio Rosich Sacan, en su obra, *“Impugnación por Falsedad del Medio de Prueba Audiovisual”,* parte de Los audiovisuales como medios probatorios propios, previstos en el artículo 395 del CPC y que como medio capaz de captar hechos trasladados a los efectos probatorios, no escapa a la posibilidad de ser alterado en su forma y contenido.

En este sentido se ha pronunciado Cabrera Romero (1989, p. 29 y sig) para quien no basta que un medio de probatorio pueda trasladar los hechos del mundo exterior a un proceso judicial. Se requiere que el medio de prueba se encuentre en capacidad de incorporar debidamente los hechos al proceso

para que los mismos cumplan con su función primordial, lo cual no es otra que demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos. El medio de prueba debe, por si mismo, bastar para que los hechos que trae al juicio (y especialmente la prueba de los hechos) cumplan con la tarea de fijar como ciertos dentro de la mente sentenciadora del juez, su existencia y veracidad. Para que esta labor de fijación se cumpla se requiere que el medio de prueba contenga en sí dos elementos fundamentales, como son la identidad y la credibilidad del medio, en relación a los hechos del proceso.

Asimismo nos destaca este autor la institución de la impugnación en Venezuela, vigente desde mucho antes de la promulgación del CPC de 1987, ha pasado desapercibida, o tal vez descuidada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia patria. Prueba de ello resulta la persistente confusión que en el foro se observa en relación a este medio de contradicción de las pruebas.

Modernamente la doctrina contemporánea ha distinguido en la institución de la impugnación, como medio de contradicción de las pruebas, dos subtipos claramente definidos. Así la impugnación ha sido desarrollada en relación a la dirección en que se orienta el ataque al medio. Aquella que tiene por objeto la erradicación de medios obtenidos en detrimento de la ley o ilegitimidad por el promovente, ha sido denominada impugnación por ilegitimidad del medio de prueba. Por otro lado, aquella que busca eliminar la eficacia probatoria del medio de prueba por contener falsedades, es conocida como impugnación por falsedad del medio de prueba.

No obstante, tenemos distintas alternativas aplicables al trámite impugnatorio. Debemos consecuencialmente explanarlas para adoptar entre ellas la que consideramos más efectiva a los fines de la presente

investigación.

Como señalamos en diversas oportunidades, el problema sustancial en torno a la impugnación radica en la ausencia de formas procesales legalmente establecidas. Así el CPC no aporta regulación expresa de los tramites impugnatorios, ni en cuanto a la consagración de la impugnación como medio de contradicción de la prueba, ni la fijación de lapsos ni oportunidades para su tratamiento.

Para solventar esta Laguna de Ley, encontramos una doble salida que el mismo CPC nos plantea. Primeramente el artículo 395 del texto aludido, al referirse a los medios de prueba libre permite la aplicación analógica de formas legales semejantes contempladas en el CC, en cuanto a la promoción y evacuación de estos medios (lógicamente, incluimos el control y contradicción de la prueba en este enunciado). Asimismo, se faculta expresamente al juez para señalar las formas de tramitación de este tipo de pruebas, en caso de ausencia de formas análogas.

Entonces, el Juez tiene dos salidas claras, por una parte la analogía aplicada por mandato expreso del artículo 395 del CPC en concordancia del artículo 4 del CC; y por la otra, la implementación de formas propias para la tramitación en el proceso de los medios de prueba libres, también recogida en el contenido del artículo 395 del CPC, aunado a la facultad para crear formas legales que le confiere el artículo 7 del mismo texto adjetivo...".

Características de las Pruebas Libres

1. Carácter infinito no taxativo.

2. Carácter autónomo y principal, no auxiliar.
3. Carácter no excluyente.
4. Actividad exclusiva de las partes.
5. Idoneidad para demostrar hechos controvertidos.

Clasificación de las Pruebas Libres

El maestro Cabrera Romero en su obra “Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre” ha señalado que las Pruebas Libres pueden clasificarse conforme los siguientes parámetros:

Clasificación según su relación con los medios legales

1. Pruebas Libres que nacen de pruebas legales incompletas o defectuosas: Documentos sin los requisitos.

2. Pruebas Libres similares a las pruebas legales por el contenido pero que difieren en cuanto al medio: El Documento Electrónico.

3. Pruebas Libres totalmente diferentes a las Pruebas Legales: Filmación.

Clasificación según la forma cómo evidencian los hechos

1. Pruebas que evidencian el hecho al momento de la promoción. Se caracterizan en que el hecho que se pretende probar se hace evidente al momento de la promoción y la contraparte y el Juez pueden realizar el control correspondiente a la legalidad, pertinencia o idoneidad (palabra escrita en papeles). Se pueden citar como ejemplos, aquellas pruebas similares a las legales pero que no reúnen sus requisitos, tal es el caso de los documentos

incompletos, tickets, correos electrónicos, entre otros.

2. Pruebas que evidencian el hecho pero que requieren explicación complementaria. Se tratan de medios de prueba que evidencian una imagen pero que no establecen las circunstancias de tiempo, lugar y modo de los hechos, por lo tanto, requieren explicaciones complementarias para su promoción, tal es el caso de las fotografías.

3. Pruebas que no evidencian el hecho y que requieren de una descripción. Medios probatorios que no permiten evidenciar el hecho pues están contenidos en objetos, ameritando en consecuencia, una actividad adicional, su reproducción. Un ejemplo típico es la grabación magnetofónica o cinematográfica, grabaciones en Cintas, CD o DVD, un artículo periodístico, siendo recomendable para su promoción la presentación de transcripciones para un adecuado control de la prueba.

4. Pruebas que evidencian una imagen pero requieren explicación y actividad posterior. Se trata principalmente de aquellas impresiones de equipos especializados, que requieren explicación técnica sobre la impresión y posteriormente un dictamen pericial para conocer el resultado. Ejemplo de estas pruebas lo constituyen las Radiografías, Endoscopias, Ecosonogramas.

5. Pruebas que solo evidencian el hecho sólo con actividad posterior. Estamos ante medios probatorios cuyo objetivo es la realización de reconstrucciones o experimentos, los cuales tienen la intención de demostrar la existencia de un hecho que se evidenciará con actividad posterior en la evacuación. Hablamos entonces de los Reconocimientos o Exámenes Especializados que se practican en la persona humana, los cuales no encuadran en la prueba de experticia.

El Derecho de Probar y la Libertad de Medios Probatorios

Sin caer en los extremos de calificar a cualquier concepto como principio, existe uno de orden superior que es el principio del debido proceso en la prueba. Es un verdadero principio, pues, está conectado íntimamente con derechos de rango fundamental. En la Constitución nacional se aborda de diversas maneras el derecho a un debido proceso en la prueba.

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

Allí están involucradas todas las garantías individuales del proceso: contradicción, bilateralidad, igualdad, notificación, imparcialidad y lealtad procesal. La pregunta supone que existe el derecho de probar. Si a la persona se le niega el derecho a probar es como si le fuera negado el derecho al proceso mismo; que equivale a lo que decían los romanos: “*idem est non esse aut non probari*”. Es obvio, de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica, si en caso que nos sea desconocida no podamos probar. En el mismo artículo 49 se consagra el derecho a probar cuando establece “de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa”. Así, pues, que la facultad o derecho de probar, es inseparable del derecho de defensa. En la doctrina moderna constitucional se entiende que la persona tiene el derecho fundamental a probar sus alegaciones.

Esa pregunta conforme al autor Viilamil Portilla (1999, p. 61) *“sólo se puede disipar intentando sistematizar la noción a partir de las propias reglas constitucionales y de los tratados internacionales”*. En el caso venezolano debemos verlo con los artículos 22 y 23 de la Constitución Nacional lo relativo a los tratados y convenios internacionales.

Ricci (1958, p.127) expresa que “la prueba del derecho, prácticamente hablando, vale por el derecho mismo, porque el que tiene un derecho y no está en situación de probar sus existencia, no puede valerse de él, y un derecho que no puede ejercitarse es como si no existiera”. De manera, que el derecho a probar se manifiesta con toda su fuerza en el proceso, cuando es necesario demostrar que se tiene el derecho y la razón en la pretensión.

En protección del derecho constitucional de defensa, las partes deben disponer de libertad probatoria para valerse de todos los medios lícitos de prueba que puedan demostrar sus hechos. Interesa, también, para el cumplimiento de la finalidad de la prueba destinada a lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos, que haya libertad probatoria. La regla es que las partes pueden acudir a cualquiera de los medios, si lo estiman conveniente, y que las restricciones y excepciones son de derecho estricto y que dichas excepciones y restricciones no se pueden aplicar, analógicamente, a supuestos distintos a los previstos en la ley. Sólo se limita esta libertad en razón de la moralidad o de la inutilidad de la prueba, o cuando haya quebrantamiento de derechos fundamentales en la obtención de la prueba, lo cual la configura como prueba ilícita y, por tanto, se excluye su ingreso al proceso –se llama regla de exclusión-.

Devis Echandia (1993, p. 131) expresa que este principio tiene dos aspectos, a saber: “libertad de medios y libertad de objeto”. El primero se refiere a que

no debe haber limitación legal acerca de los medios probatorios admisibles, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; el segundo se refiere que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe limitar la actividad probatoria en forma absurda y ocurrente, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho de defensa. El tratadista FLORIAN, citado por DEVIS ECHANDÍA (p. 132), afirma que "la averiguación de la verdad debe desarrollarse sin obstáculos preestablecidos y artificiales".

El profesor PARRA QUIJANO (2001, p. 12) ha sido enfático en una tesis que acogemos que es la de "defender la tesis de la libertad de medios de prueba", pero esto no significa de ninguna manera que se puedan violar los derechos constitucionalmente garantizados. También sostiene el ilustre maestro colombiano que existiendo libertad de prueba, por ejemplo, la violencia sobre las cosas se puede demostrar con pluralidad de elementos de juicio: inspección judicial, fotografías, filmes, testigos etc.

En la doctrina italiana los medios probatorios que no están tipificados en la ley se denominan "atípicos" o también "prueba atípica"; en otras se denominan "innominados" o "prueba innominada". Hay que advertir, que el hecho que éstos no estén previstos en la ley no significa de manera alguna que tengan un valor o eficacia probatoria menor que los previstos en la ley. Son todas pruebas del mismo rango procesal y su eficacia probatoria pasa por que satisfagan los requisitos de existencia, validez y por supuesto los propios de eficacia, y de su relación con los otros medios en el contexto del proceso.

CAPITULO II

NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE PRUEBAS LIBRES

CAPITULO II
NORMATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE PRUEBAS LIBRES

Fundamentos Legales

En el ordenamiento jurídico venezolano se consagra la libertad de medios probatorios en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, en el artículo 198 del Código Orgánico Procesal Penal, 156 del Código Orgánico Tributario y en el artículo 70 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, al determinar que las partes en juicio podrán valerse de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la Ley, que consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones. El problema será cómo se introducen en el proceso, dado que no tienen previsto en la Ley el procedimiento correspondiente.

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

El artículo 7 del CPC faculta al juez para la creación de formas cuando para la realización del acto nada haya establecido el legislador al respecto. Y, el artículo 395 ejusdem, consagra el principio de libertad de los medios de prueba, conforme al cual es insostenible restringir la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones; con lo cual le otorgó a las partes la posibilidad de promover pruebas distintas a aquellas reguladas en el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, dispone en el único aparte del referido artículo que el juez debe crear la forma para la tramitación de la prueba libre en aquellos casos en los que el medio de prueba libre no pueda ser promovido ni evacuado conforme a los medios de prueba tradicionales.

En efecto, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, se expresó: *"... Se consideró conveniente introducir una ampliación de estos medios de prueba, con el propósito que el debate probatorio sea lo más amplio posible, y de que las partes puedan aportar cualquier otro medio no regulado expresamente por el Código Civil, haciendo posible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez, y la posibilidad de una decisión basada en la verdad real y no solamente formal, procurándose además, de ese modo, una justicia más eficaz. Se asocia así el Proyecto en este punto, a la corriente doctrinal y positiva, hoy dominante en esta materia, de permitir el uso de medios de prueba no regulados expresamente en el Código Civil, pero que son aptos, sin embargo, para contribuir al triunfo de la verdad y a la justicia de la decisión..."*.

Fundamentos Jurisprudenciales

Actualmente las tendencias de la libertad en los medios probatorios, que serán analizadas en la presente investigación, se inclinan en la siguiente dirección:

1) Al promover una prueba libre la parte puede sugerir la forma de evacuación, aplicando analógicamente los medios probatorios típicos previstos en el C.C., en el CPC o en otras leyes de la República.

2) Si el promoverte no indica en forma expresa las normas que deben aplicarse analógicamente o si el Juez considera que no hay semejanza entre la prueba libre y el medio probatorio previsto en el CC, o considera que la semejanza es accidental y que la aplicación analógica de las normas probatorias típicas distorsionarían la esencia y finalidad de las mismas, deberá proceder a fijar la forma de promoción y evacuación.

3) El promoverte de una prueba libre no está obligado a señalar la forma de evacuación, ni deviene de la prueba en inadmisible si el Juez considera que no es correcta la forma por él sugerida. Una interpretación concordada de los artículos 7 y 395 del CPC permite establecer que:

4) El promovente de un medio de prueba libre representativo, esto es, fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual

podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.

5) El juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del CPC, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

6) Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimará dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

7) Por consiguiente, se ha dejado establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los

artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes.

CAPITULO III

MEDIOS DE PRUEBAS MÁS NOVEDOSOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

CAPITULO III

MEDIOS DE PRUEBAS MÁS NOVEDOSOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO

Las pruebas en nuestra legislación son clasificadas en legales y libres, esta clasificación viene dada en razón de que existen pruebas taxativamente señaladas y desarrolladas en las leyes de nuestro país, donde el legislador no se limita a nombrarlas sino que explica como es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar, pero también existen otras clases de pruebas que en el marco de las facultades del juez es él quien debe ordenar su evacuación bajo su respectiva supervisión o a través de la supervisión de otro funcionario que pueda dar fe de los hechos sucedidos, las cuales son desarrolladas dentro del proceso.

Pero dada la importancia de la prueba, el legislador permite a las partes aportar pruebas libres, las cuales podrían ser traídas al proceso siempre y cuando, se respeten los principios constitucionales y del derecho probatorio, donde estas clase de pruebas sean eficaces por su pertinencia, consentidas por la ley.

El juez conforme al CPC tendrá la facultad de dirigir su reproducción en el proceso. Esto siempre en pro de la búsqueda de la verdad que solucione la controversia traída a la jurisdicción para que ésta en el ejercicio de sus facultades imparta justicia. Todo esto conforme a los principios de necesidad de la prueba, en el sentido de que al juez se le proporcionen los recursos suficientes para que pueda tener la convicción y así dictar sentencia.

La técnica y la tecnología han avanzado y los medios de investigación se superan más cada año y su uso permite, en la mayoría de las veces, establecer en forma meridiana la certeza de los hechos. Ante este avance nada prohíbe al Juez, por impulso de las partes, acudir a aquellos medios no especialmente previstos, siempre y cuando además de ser admisibles se sometan a las garantías generales características del sistema probatorio, sin afectar a la moral o buenas costumbres, siendo conducentes al esclarecimiento de la verdad, a fin de evitar que por causa de un criterio ortodoxo, anticuado y desfasado, se impida llevar a los autos manifestaciones cuya autenticidad es fácil de probar. En este sentido señala Humberto Bello Lozano (1991, p. 201) *"(…) De lo contrario, estaríamos siempre detenidos en los medios de prueba del tiempo de los romanos, sin pensar que también ellos hubieran evolucionado de haber seguido legislando (…)".*

Estos medios de pruebas libres surgen como una brecha en la proporción de suficientes medios probatorios para las partes, ya que con la evolución del mundo tecnológico de hoy, existen creaciones novedosas que podían servir por el transcurrir del tiempo en instrumentos de pruebas. En el presente trabajo realizaremos un estudio exhaustivo de medios de pruebas novedosas de cuya producción y reproducción en el proceso no están detalladamente establecidas en la leyes venezolanas, donde se procurará establecer cual es su valor probatorio, su forma de producirse en juicio y la forma de control o contradicción por las partes como garantía al debido proceso, al derecho a la defensa y a la igualdad.

Los métodos determinativos de los medios de pruebas utilizados en las diversas legislaciones varían según la adopción, bien sea del sistema de la

taxatividad de los Medios de Prueba establecidos en las Leyes o bien mediante la adopción del sistema de la libertad de prueba o Prueba Libre, el cual se fundamenta en la autonomía de las partes para utilizar cualquier medio de prueba no reñido con la moralidad o la ley. El Sistema seguido por la legislación venezolana en cuanto a los medios de prueba debe considerarse mixto, en virtud de que el dispositivo legal señala que las partes podrán valerse, además de los medios de prueba establecidos en el CPC y otras Leyes de la República, de cualquier otro medio no prohibido expresamente por la Ley.

Sin más preámbulos, pasaremos de seguidas a tratar los medios de pruebas más novedosos en el ordenamiento jurídico venezolano.

A. Las Reproducciones

Ante los medios tradicionales de pruebas contemplados en textos legales se pueden agregar otros medios de pruebas obtenidos con el empleo de técnicas nuevas, así lo contempla nuestro CPC; y con vista al conocimiento de criterios jurisprudenciales donde se muestran decisiones de los jueces en que han tomado ciertos medios de prueba para establecer la verdad de sus decisiones tales como: Impresión dactiloscópica, análisis de sangre, radiografías, el registro de la voz en los actos de transmisiones radiofónicas, grabaciones en cintas magnetofónicas y otras, gracias a la avanzada era tecnológica.

Nuestro CPC desarrolla un capítulo en la fase probatoria denominado "De las Reproducciones, copias y experimentos", es decir, toma en consideración el desarrollo de esos medios científicos utilizados para llegar a la verdad.

Estos medios son de notable significación en la materia probatoria ya que permiten la utilización de medios técnicos y científicos como el uso de calcos y copias, fotografía de objetos o lugares, reconstrucciones de hechos, radiografías, radioscopias, análisis hematológicos y otros; debiendo la prueba desarrollarse siempre mediante la actuación de un experto de reconocida competencia el cual designará el Tribunal de la causa.

La norma que rige esta innovación es la establecida en el artículo 502 del CPC cuyo texto es del tenor siguiente:

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

Para valerse de cualquier otro medio de prueba para la comprobación de un hecho sucedido o por suceder, es necesario la intervención de un experto de reconocida capacidad científica que al efecto designare el juez; igualmente podrá solicitar la colaboración material de una de las partes y en caso de existir negativa de su parte, tiene el juez la potestad de interpretarla como una confirmación de la exactitud de la afirmación realizada al respecto por la parte contraria.

El Código dota al juez de un poder al apreciar la valoración de la prueba que autores como Bello Lozano considera que podría dañar el principio de igualdad procesal ya que castiga la rebeldía con la admisión de lo aducido por la parte contraria, lo que pondría en ventaja a la otra parte interviniente en el proceso.

Dentro de los nuevos medios de prueba se encuentran también las pruebas obtenidas del organismo humano, sea mediante rayos X o exámenes de laboratorio para su debida apreciación, siendo de suma importancia la intervención de un experto de reconocida aptitud, es una prueba pericial la cual debe contar con la aquiescencia de la persona que va a ser sometida al examen.

B. Las Copias

El legislador en nuestro ordenamiento procesal vigente concede plena fe a las copias de documentos públicos, siempre que las haya expedido un funcionario competente, mientras que las copias de documentos privados valen según lo que valgan sus originales, atendiendo a su forma y fuerza probatoria careciendo de todo mérito probatorio las copias que no estén certificadas por algún funcionario o aquellas expedidas por un empleado incompetente sin cumplir las formalidades establecidas en la ley.

Las copias fotostáticas no pueden considerarse como documentos privados capaces de acreditar un derecho entre las partes, porque adolecen de la condición para ser considerado como tal, ésta es la firma de la persona al pie del documento, pero esto no siempre va a ser así, ya que es posible que en lugar de la firma estén las huellas digitales, también pudiera estar la firma de un tercero certificando que el documento proviene de esa persona.

De acuerdo al criterio mantenido por Casación respecto a los fotostatos en cuanto estos están faltos de suscripción de puño y letra de la parte a quien le son opuestos, no son considerados documentos privados idóneos de producirse en juicio; pero nuestra Ley Adjetiva ha tomado una concepción diferente por cuanto les da valor probatorio, ya que al referirse a pruebas

escritas pautan que las copias o reproducciones fotográficas o fotostáticas o las que son obtenidas a través de cualquier otro medio mecánico se van a tener como fidedignas, si no fueren impugnadas por el adversario, dentro de los cinco días siguientes a la producción de la copia en juicio, y despliega el mecanismo de impugnación ya que al confrontarse ésta, la parte interesada podrá solicitar su cotejo con el original o una copia certificada expedida con anterioridad a la cuestionada; el cotejo es una prueba en la cual se busca la firma contenida en un documento cualificado, lo que quiere decir un documento indubitado, lo que comporta un documento reconocido, autenticado o público, para compararla o confrontarla con la que se está en contienda, siendo el cotejo una prueba pericial ya que es necesaria la intervención de expertos o peritos con conocimientos técnicos.

La Sala de Casación Social del TSJ ratificó mediante Sentencia de fecha primero (01) de Junio del año 2000, el criterio sobre el valor probatorio de las reproducciones que tomó el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Acarigua en fecha 30/04/1999. Así se tiene que en la Alzada fueron presentadas copias fotostáticas de una planilla de liquidación de prestaciones sociales promovidas por la parte actora, las cuales fueron declaradas inadmisibles dejando explanado la Alzada que por cuanto se trataba de la copia simple de un documento privado, es la ley quien determina cuando procede este tipo de copia simple de documentos privados simples o autenticado ya que se trata de una prueba legal y que tal como lo establece el artículo 429 del CPC que las reproducciones para que tenga valor probatorio debe reunir ciertos requerimientos, a saber:

> *“Al respecto considera ésta Alzada que de acuerdo al contenido del artículo 429 del CPC, que regula el valor probatorio de las reproducciones y copias fotostáticas, exige*

que éstas llenen cuatro condiciones para poder ser admisibles como prueba por escrito a saber: 1) Que se trate de copia de documento público o privado reconocido expresa o tácitamente (no simplemente privado); 2) que sean producidos con la demanda, contestación o el lapso de promoción de pruebas o si son producido (sic) en cualquier otro momento en que cuente con la aceptación expresa de la contraparte; 3) que no sean impugnados por la contraparte ya en la contestación o en el mencionado lapso de pruebas y 4) que sean legibles claramente inteligibles".

C. Los Periódicos

Los diarios o periódicos no son documentos, son impresiones que tienen el carácter de ser una vía de información, de circulación de noticias, sucesos, con el objeto de satisfacer el conocimiento de la colectividad, destinados a dejar constancia de un hecho; ciertas veces los escritos tienen su origen en personas ciertas ya que aparece plasmada su firma o el nombre de su autor.

Los periódicos no tienen el carácter de documento público o privado, porque sólo contienen referencias; en tal caso lo que tendría el carácter de documento sería el original del escrito que es presentado en la redacción para su publicación. Por lo que respecta a los periódicos oficiales, ellos hacen fe pública respecto a la ley que los regula y serán considerados excepcionalmente como documento público.

Mediante Sentencia emanada del Juzgado Superior Segundo del Distrito Federal de fecha 29 de Julio de 1991, caso Federación Venezolana de Tenis contra Caracas Raquet Club, se explica la procedencia de los periódicos como medios de pruebas y es que estos como ya se viene afirmando solo constituyen un medio informativo, no pueden ser tomados como fuentes fidedignas ya que no se trata de las publicaciones que la ley ordena difundir,

por ejemplo: los carteles de notificación, o un edicto.

D. El Telegrama

Constituye todo mensaje transmitido mediante líneas de servicios o que se consigna con ese objeto, de manera que le permitan a todos los habitantes del territorio nacional, comunicarse entre sí.

El telegrama en nuestro Ordenamiento Jurídico Venezolano se encuentra legislado tanto en el CC como en el CCom.. Como medio de prueba puede ser promovido por cualquiera de las partes y quien lo haga, tiene la carga de demostrar tanto la procedencia como veracidad del mismo, valiéndose de todos los medios de prueba que ayuden a su confirmación. Deberán en consecuencia contener la indicación del nombre y apellido del destinatario y el lugar de remisión, así como en el reverso deberá escribirse el nombre y apellido del remitente y dirección.

Se considera que para probar un hecho con el telegrama deberá comenzarse por el reconocimiento de su autor de la firma que lo autoriza, pues el telegrama constituirá prueba admisible y valorable cuando es firmado por quien lo envía o cuando la firma se encuentra depositada en la Oficina Telegráfica estimando que el lugar, fecha y texto son verdaderos cuando refleje que deviene de una transmisión efectuada por tal oficina; adquiere el mérito probatorio de un documento privado reconocido, es decir que lo produjo otra persona, el cual vale como un documento público; pero la forma de probar a través del telegrama será con la presentación del instrumento, también podrá valerse la parte de la prueba de informe para lograr que en ella sea expresado el texto del telegrama así como los datos relativos a fecha de transmisión, recepción y la entrega al destinatario. Sin embargo, existe la

posibilidad que un tercero por su participación en el juicio pueda presentar el telegrama previamente autorizado por el destinatario, el remitente o sus herederos a fin de consignarlo en autos para que sean considerados en el proceso como prueba.

E. El Telefax

En estricto sensu es el nombre con el que se denomina comercialmente al facsímil o aparato que permite la transmisión de documentos bien sea escritos gráficos a través de la línea telefónica o telegráfica. Como sistema, es un método de transmisión eléctrica de información gráfica o de imágenes, de un lugar a otro, con el propósito de obtener una copia exacta del original en el terminal de recepción, el tipo de información a transmitir puede ser en forma de fotografía, de dibujos, de documentos o mensajes impresos.

El Telefax como Copia de un Documento

El telefax es un medio de comunicación creado con la finalidad de dejar constancia escrita de la transmisión, donde el receptor produce un documento idéntico al enviado, este papel que se transmite y que es copiado puede contener manifestaciones de conocimiento, de voluntad, fotografías, gráficos, dibujos, tratándose siempre de un documento en sentido lato, ya que el telefax, reúne las características del género documento, las cuales son:

a) Es un objeto, una hoja de papel, al cual el hombre le ha incorporado un hecho distinto;

b) Es anexable al expediente, en consecuencia puede llevar el hecho que se

le incorporó al expediente;

c) Como lo ha afirmado Cabrera Romero (1987) su contenido puede ser una manifestación que puede ser simplemente representativa como la imagen, o declarativa, la cual puede contener a su vez bien declaraciones de voluntad las cuales pueden ser dispositivas o reguladoras de conductas, como por ejemplo, el contrato; o constitutivas, como el documento;

d) Puede incorporarse al expediente en original o en copia, pudiendo trasladarse de un expediente a otro;

e) Con sólo ver el papel, el juez sabe qué contiene aunque no lo entienda y requiera de una experticia para comprenderlo, esto es, que el juez puede aprehender directamente del documento el hecho que se le ha incorporado;

f) Es creado por el hombre o las máquinas por lo que lleva intrínseca la prueba de que alguien lo creó, lo cual no da certeza acerca de la autoría, ni de la veracidad del hecho incorporado.

No todo instrumento que reúna estas características, es una prueba documental, sino que dentro del género documento hay valores probatorios distintos de acuerdo con el contenido de cada documento; así, el documento que produce imágenes, es apreciado por la sana crítica; los papeles son aquellos que contienen manifestaciones de pensamiento, no representan hechos, tienen el valor de indicios; si el documento tiene declaraciones de conocimiento de una de las partes, se trata de una confesión; si la declaración de conocimiento es de un tercero, es un testimonio que debe ser ratificado en juicio para que tenga valor; si el tercero que hace la declaración de conocimiento es un experto, no tiene valor probatorio alguno, ya que sería

una experticia que se formó extra litem; si el tercero es el juez, es una inspección judicial que se valora por la sana crítica.

Cuando el documento contiene declaraciones de voluntad, estamos ante la especie prueba documental, cuya característica es que hace fe entre las partes y frente a terceros de la verdad de las declaraciones en él contenidas de acuerdo con los artículos 1.360 del CC: *"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 que en los casos y con los medios permitidos por la ley se demuestre la simulación"* y 1.363 eiusdem *"El instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, tiene entre las partes y respecto de terceros, la misma fuerza probatoria que el instrumento público en lo que se refiere al hecho material de las declaraciones; hace fe, hasta prueba en contrario, de la verdad de esas declaraciones"*. Dentro de esta especie encontramos el documento público y el instrumento privado reconocido con igual valor probatorio.

El telefax puede contener representaciones gráficas, manifestaciones de pensamiento, de conocimiento o declaraciones de voluntad, si asumimos que el telefax es una prueba documental, siendo éste una copia del documento enviado, sólo podría tener valor en juicio el telefax contentivo de la especie prueba documental auténtica, ya que de acuerdo con el artículo 429 del CPC, se tendrán corno fidedignas, salvo impugnación, las copias o reproducciones de los instrumentos públicos y los privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos (art. 1.357 CC: *"Instrumento público o, auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un Registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado"*:) quedando así

sin valor probatorio.. cualquier otro documento ya que se tratará de una copia del documento transmitido por telefax, entonces si las partes realizaron un negocio jurídico mediante facsímil es, la constancia de las manifestaciones de voluntad de las partes no serían sino la copia de un documento privado no autenticado o reconocido y en consecuencia carente de valor probatorio.

No obstante, conforme al artículo 436 del CPC, el facsímil puede servir a una parte para pedir a la otra la exhibición del original que le transmitió, si el intimado no exhibe el documento en el plazo que señale el tribunal y no demuestra que el original no está en su poder, se tendrá corno exacta la copia que en este caso sería la emanada del telefax.

El Telefax como Medio de Prueba

El telefax es considerado un medio de correspondencia en las Reglas y Usos Uniformes, que son las normas creadas por la Cámara de Comercio Internacional de París, para regular a nivel internacional el crédito documentario, e igualmente la Comisión de Asuntos Bancarios de la Cámara de Comercio Internacional ha considerado documento operativo de la carta de crédito, la comunicación transmitida por telefax siempre que existan los códigos correspondientes.

La carta de crédito es el mecanismo financiero más utilizado en el comercio internacional, es el sistema de pago típico en las operaciones comerciales internacionales, se estima que más del 50% de las operaciones comerciales internacionales, se pagan con cartas de crédito, instrumento que emite un banco comercial a solicitud de un importador, mediante el cual el banco se obliga frente al exportador, que es el beneficiario de la carta de crédito, a pagarle una determinada suma de dinero previa presentación al banco

emisor de los documentos que acreditan el embarque de la mercancía al importador; el pago del precio de la mercancía exportada no lo realiza el importador directamente, sino que lo realiza el banco emisor de la carta de crédito. Por lo cual el exportador, una vez que recibe la carta de crédito del banco emisor sabe que éste (y no el importador) le pagará el precio. La obligación del banco emisor de la carta de crédito surge en el momento en que éste notifica al beneficiario la apertura de la carta de crédito, esta notificación se realizaba mediante una carta que se enviaba al beneficiario.

A partir de 1984, con la reforma de las Reglas y Usos Uniformes, esta notificación, se puede realizar mediante teletransmisión, sustituyéndose la carta por un cable (telegrama transmitido por cable submarino) un telex o un telefax. El documento que recibe el beneficiario del crédito y que obliga al banco emisor a pagar, es el instrumento operativo del crédito, que inicialmente era una carta original dirigida al beneficiario, pero ahora este instrumento puede ser teletransmitido siempre que el emisor desee que la tele- transmisión sea considerada como el instrumento operativo del crédito, este instrumento físico que producen las máquinas como el telefax o el telex, sirve como instrumento representativo del derecho del beneficiario para que éste pueda girar contra el banco emisor de la carta de crédito hasta por el monto de la misma. De acuerdo con la Comisión de Asuntos Bancarios de la Cámara de Comercio Internacional de París, la expresión teletransmisión no incluye conversaciones telefónicas, pero sí incluye instrucciones recibidas por telefax; siempre que existan los códigos correspondientes, constituye un documento operativo, ya que el telefax utiliza el teléfono como medio de transmisión, pero produciendo en el lado de la recepción una copia idéntica al documento en el punto de transmisión.

En nuestra doctrina patria, afirma James Otis Rodner, que el telefax

perfectamente puede servir de prueba de derecho del beneficiario de la carta de crédito contra el banco emisor, ya que el artículo 124 del CCom dispone que las obligaciones mercantiles se pueden probar por cualquier medio, incluso mediante testigos, excepto cuando la ley exige un contrato en forma escrita.

Este tipo de crédito documentario no está previsto en la ley venezolana, ya que el CCom en el Título XII, regula la carta de crédito, pero esta carta de crédito es muy distinta al instrumento operativo del crédito del cual hablamos, según el Artículo 495 del CCom, la carta de crédito es un contrato condicional celebrado entre dador y tomador, que se perfecciona cuando el tomador hace uso del crédito; mientras que la carta de crédito a que se refieren las Reglas y Usos Uniformes, es un instrumento que emite el banco en virtud del cual se obliga frente a un exportador, que es el beneficiario, a pagarle una determinada suma de dinero previa presentación de los documentos que acrediten el embarque de la mercancía.

Como se ve son dos figuras distintas: Primero, el dador del crédito en la prevista en el Código de CCom, se obliga si el tomador hace uso del crédito, mientras en la otra, el banco se obliga cuando notifica al beneficiario de la apertura de la carta de crédito; segundo, la carta de crédito del Código de CCom es un contrato condicional y la carta de crédito prevista en las Reglas y Usos Uniformes es una notificación que hace el banco al exportador de que será éste quien pagará el precio de la mercancía, a solicitud del importador, que es quien ha contratado con el banco emisor de la carta de crédito. Entonces no estando previsto este tipo de crédito documentario en el CCom, no puede exigirse prueba por escrito de éste. Estas Reglas y Usos Uniformes son normas de aceptación universal, no forman parte del derecho interno de ningún país, pero corno rigen las relaciones comerciales internacionales,

pueden considerarse una nueva "Lex Mercatoria".

Las Reglas y Usos Uniformes se aplican en el derecho interno como producto de la voluntad de las partes que convienen que la relación documentaria se rija por estas normas, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que con ello no se afecte el orden público. Por esta razón, el telefax podrá servir como prueba del derecho que tiene el beneficiario de la carta de crédito a girar hasta por el monto de la misma.

El hecho de que las partes que convienen en una relación documentaria se acojan a la Reglas y Usos Uniformes para regular la relación documentaria, puede convertirse en costumbre mercantil y por ende, en fuente de derecho, si estas reglas son acogidas por las partes para regir sus relaciones documentarias en la República, con carácter uniforme, público y por largo espacio de tiempo, de acuerdo con el artículo 9 del CCom, llenando esta costumbre normativa el vacío de la ley, la cual no sería contraria a los principios generales que rigen los contratos y obligaciones mercantiles, en razón de que el artículo 112 del CCom en su último aparte, señala que: *"En los contratos unilaterales las promesas son obligatorias al llegar a conocimiento de la parte a quien van dirigidas"*, ya que el telefax se utiliza para notificar al beneficiario del derecho que tiene a utilizar la carta de crédito, y es el instrumento en virtud del cual en banco emisor de la carta de crédito se obliga frente al beneficiario.

Si asumimos que el telefax es una forma de correspondencia, donde queda constancia escrita de la comunicación entre dos personas, una especie de correo instantáneo a través de la línea telefónica, entonces deben serle aplicables las normas relativas a la correspondencia, para utilizar el telefax

en juicio es preciso llenar los requisitos previstos en los artículos relativos a las cartas misivas, sin las autorizaciones previstas en estos artículos, el telefax sería inadmisible como medio de prueba por ilegalidad. Estos requisitos son:

A) Las cartas misivas entre las partes, donde se constituye o se extingue una obligación, o conste un hecho jurídico relacionado con los hechos controvertidos, puede producirse en juicio sin autorización de la otra parte; Las cartas misivas cursadas entre las partes que sean de carácter confidencial no pueden presentarse en juicio sin el consentimiento de ambos;

B) Las cartas misivas cursadas entre un tercero y una parte, no pueden promoverse en juicio sin la autorización del tercero y de la otra parte;

C) Las cartas misivas entre terceros no pueden producirse en juicio, a menos que los terceros sean causantes o mandatarios de las partes, porque se trataría de un testimonio, ya que sería un conocimiento de hechos por parte de terceros en el proceso.

La comunicación realizada a través del telefax, entonces podrá ser objeto de ocupación judicial siempre que se cumplan las formalidades legales y se guarde secreto respecto de lo doméstico y lo privado. Para que la autoridad pueda ocupar la correspondencia, es necesario que exista para ello un procedimiento; y en consecuencia, no podrá ocuparse la correspondencia ya que en materia civil no existe este procedimiento.

El telefax, se transmite a través de la línea telefónica, técnicamente es posible interceptar la línea y con un aparato decodificar los impulsos eléctricos y así copiar el mensaje enviado, así como se intercepta y se graba

una conversación oral.

Esta llamada telefónica por escrito, como es el telefax, es una forma de correspondencia de acuerdo con el artículo 18 de la Ley Aprobatoria del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1982 y el artículo 108 del Reglamento de Radio Comunicaciones *"No se permite el establecimiento de emisoras privadas de radio comunicación entre dos o más lugares donde existan oficinas telegráficas, radiográficas, radiotelefónicas, o cualquier otro medio de comunicación dependiente del Estado, abierto a la correspondencia pública".*, que al igual que la conversación oral está protegida por el secreto, así se desprende también del Reglamento Servicio Telefónico (Publicado en Gaceta Oficial N° 33615 del 9-12-86), cuyo artículo 23 consagra: *"La CANTV salvaguardará en cuanto le sea posible, el secreto de las comunicaciones, procurará evitar el cruzamiento de líneas, y prohibirá a sus trabajadores que se impongan de las conversaciones de los abonados"*. Este secreto no puede ser otro sino el previsto en el precepto constitucional, por cuyo motivo, la intercepción de la línea telefónica con el objeto de hacerse con una copia de un mensaje transmitido por telefax para su posterior utilización en juicio, constituiría un acto de violación de la correspondencia por infracción del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En consecuencia, se trataría de una prueba inconstitucional

El Artículo 22 de la Ley Aprobatoria del Convenio Internacional de Telecomunicaciones de 1982, también considera a la telecomunicación como correspondencia y garantiza su secreto, sin embargo el secreto de las telecomunicaciones no es absoluto frente al Estado, sino que cede por razones de seguridad y de orden público, así está previsto en el Artículo 19 de la Ley Aprobatoria del Convenio Internacional de Telecomunicaciones, que autorizó a los Estados miembros a escuchar la telecomunicación privada

e interrumpirla y consecuentemente, también a grabarla, ya que así se probaría la razón de la interrupción. En el caso del telefax, sería la intervención de la línea telefónica y la decodificación de las señales electrónicas para obtener el contenido del mensaje transmitido, pero esta facultad es privativa del Estado según el Convenio Internacional.

La inviolabilidad de la correspondencia prevista en la Constitución, tiene como fin amparar el derecho a mantener comunicaciones privadas, por esta razón, por el hecho de que el Código Penal Venezolano se refiera sólo a la correspondencia epistolar y telegráfica, no quiere decir que otros medios de correspondencia no estén protegidos, lo que sucede es que para la época en que se redactó el Código Penal, éstos eran los medios de correspondencia usuales; pero las legislaciones modernas protegen las nuevas formas de correspondencia, ya que lo que se ampara no es el empleo de un medio privilegiado, sino el respeto al derecho humano de comunicarse en cualquier forma con otras personas y libre de intromisión extraña.

El telefax es una forma de correspondencia escrita o gráfica a través de la línea telefónica, es una llamada telefónica por escrito donde al receptor le queda una constancia de esa comunicación, dicha constancia es una copia exacta del mensaje transmitido, esta forma de correspondencia está protegida por la Constitución Nacional, pensamos que para su utilización en juicio deben aplicarse las normas relativas a las cartas misivas previstas en el CC; como correspondencia que es, es susceptible de ocupación judicial siempre que se cumplan las formalidades legales, y su intercepción y copia del mensaje es similar a la grabación de la llamada telefónica, la cual no puede practicarse sino por el juez, cuando la ley lo autorice expresamente y siguiendo las formalidades de ley.

Para finalizar queremos dejar en claro que en los tiempos que vivimos llenos de grandes innovaciones tecnológicas, y de grandes cambios, mundo, en el que los medios de comunicación constituyen los instrumentos que dan pie a la realización de diversas actividades de negocios y por ende situaciones reguladas por el mundo del derecho, negar el valor probatorio del fax, seria negarle la posibilidad probatoria a un instrumento de los mas usados para concertar negocios a grandes distancias, y seria un contrasentido por cuanto la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal admite al fax como un medio útil y valido para la Notificación, en consecuencia a nuestro modo de ver representa un gran reto para los abogados utilizar la ciencia jurídica que les permitan crear proyectos de leyes técnicamente eficientes que se adapten a los cambios que requiere la sociedad, no queremos decir, que se invada el ámbito de trabajo del poder legislativo, sino que sean los colegios y federaciones de abogados el epicentro de la reforma técnico jurídica que exige el país.

F. Las Grabaciones Magnetofónicas

Las grabaciones magnetofónicas son reproducciones que pueden ser de sonidos o de luz, ya sea a través de cintas o discos, consistentes en el resultado de un dispositivo llamado Magnetófono o grabadora que graba y reproduce sonidos, a través de registros de señales eléctricas en una fina cinta de plástico cubierta con óxido magnético.

Las grabaciones magnetofónicas como medios de pruebas consisten en el registro de sonidos a través de un magnetófono o grabadora en la cual se insertan reproducciones de voces totalmente fieles a la realidad en una situación jurídica especial, que en un momento determinado pueden llegar a

ser pruebas de algún hecho en juicio.

Siendo ésta una forma de prueba moderna que aunados a otros medios contemporáneos de pruebas que tal vez no están taxativamente establecidos y analizados por nuestras legislaciones han surgido con la evolución del mundo moderno, donde se ha llegado a la necesidad de hacerlas presente de acuerdo a la importancia que de ellas se derivan dentro del mundo probatorio con la sola finalidad de llevar a la mas fiel convicción al juez de lo sucedido entre el demandante y demandado, para que este dicte sentencia.
Es menester al referirnos a este tema y señalar lo que sostenían los doctrinarios en esta materia, acerca de lo que es un documento, señalando así que *"el documento es toda expresión del pensamiento"*. Al respeto se ha manifestado Ortiz Ortiz al establecer que *"documento es toda representación gráfica que esta soportada sobre una estructura material cualquiera que esta sea."* De ambas concepciones se podría decir que un documento es una representación material palpable por cualquiera de los sentidos cuyo origen es el pensamiento humano el cual se encuentra inserto sobre cualquiera estructura material que de acuerdo a su naturaleza le sea pertinente.

Al respecto el CPC Colombiano en su artículo 251, establece que *"Son Documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiográficas, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y en general todo objeto humano que tenga carácter representativo declarativo."*, haciendo un estudio en el derecho Comparado aclara un poco el tema por la poca información por la preponderancia dada al tema en nuestro país, además de ello invocando el principio de fuentes del derecho establecido en el artículo 4º *" a la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre si y la intención del legislador."*

Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas, y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho", el cual tiene total pertinencia, porque al existir un vacío tal vez como principio análogo .pueda ser tomado en cuenta.

Fundamento Legal de las Grabaciones

El Artículo 502 CPC establece: *"El juez, a pedimento de cualquiera de las partes y aun de oficio, puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos documentos y lugares y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos."*

Hay que destacar que ni siquiera la palabra grabación magnetofónica, se encuentra indicada en el artículo 502 ejusdem, de lo que se puede deducir que en texto solo se conocían las grabaciones como medio legal de pruebas, a las realizadas dentro del proceso. Pero hay que hacer referencia a lo señalado en el Artículo 189 del CPC venezolano que establece: *"El acta deberá contener la indicación de las personas que han intervenido y de las circunstancias de lugar y de tiempo en que se han cumplido las diligencias de que hace fe; debe además contener la descripción de las actividades cumplidas y de los reconocimientos efectuados. El acto deberá ser suscrito por el Juez y por el Secretario.*

Si han intervenido otras personas, el Secretario, después de dar lectura al acta, les exigirá que firmen. Si alguna de ellas no pudiere o no quisiere firmar, se pondrá constancia de ese hecho.

Las declaraciones de las partes, las posiciones juradas, las declaraciones de testigos y cualesquiera otras diligencias del Tribunal que deban hacerse constar en acta, podrán ser tomadas mediante el uso de algún medio técnico de reproducción o grabación del acto, por disposición del Tribunal o por solicitud de alguna de las partes. En estos casos, la grabación se mantendrá bajo la custodia del Juez, el cual ordenará realizar la versión escrita de su contenido por el Secretario o algún amanuense bajo la dirección de aquél, o por alguna otra persona natural o jurídica, bajo juramento de cumplir fielmente su cometido. En todo casa el Secretario, dentro de un plazo de cinco días agregará al expediente la versión escrita del contenido de la grabación, firmada por el Juez y por el Secretario. Si ninguna de las partes hiciere objeción al acta, señalando expresamente alguna inexactitud, la misma se considerará admitida, pasados que sean cuatro días de su consignación en los autos. En caso de objeciones, el Juez fijará día y hora para la revisión del acta con los interesados, oyendo nuevamente la grabación. De lo resuelto por el Juez en ese acto, no habrá recurso alguno.

El costo de la grabación estará a cargo del solicitante, y en caso de disponerla de oficio el Tribunal, será de cargo de ambas partes."

Siendo este otro momento, en que las grabaciones pueden ser utilizadas bajo la tutela del juez en el proceso. Ahora esto trae consigo una consecuencia en atención a ¿qué pasa con las grabaciones realizadas antes del inicio del proceso? ¿no pueden ser empleadas como medio legal de pruebas?.

Además de las pruebas taxativamente establecidas por la legislación venezolana, el legislador, como hemos referido, permite lo que es el sistema de Pruebas Libres, siempre y cuando ilegales, eficaces por su pertinencia y

consentidas por la ley; previsto en el Artículo 395 del CPC en su segundo aparte, que establece que *"pueden 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 la analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto en la forma que señale el juez…,"*

En atención a lo cual se puede deducir que en nuestro proceso civil y aun penal venezolano se pueden conocer de dos formas de medios de prueba de grabación magnetofónicas las realizadas en el propio proceso bajo la orden y supervisión del director del mismo, bajo la figura jurídica planteado por el legislador patrio en el **Artículo 502 del CPC** venezolano y en un segundo lugar las realizadas bajo la figura de Prueba Libre establecidas en el **Artículo 395** del mismo código donde admite la grabación como medio de prueba.

También se puede dar una tercera forma de grabación magnetofónica, si se hace alusión a las grabaciones telefónicas utilizadas mayormente en el campo penal; bien establecido y aclarado en la ley de Intercepción Telefónica de Brasil, cuya doctrina plantea que esa clase de intercepciones las cuales consisten *"en la captación de la conversación de un tercero, sin el conocimiento de los interlocutores, o con el conocimiento de uno de ellos, puede ser hecha por un grapamento (enganche) del teléfono, entones ocurre la intercepción telefónica. Incluso la grabación clandestina referida a la concurrencia de la grabación clandestina cuando uno de los interlocutores graba su propia conversación, telefónica o no, con el otro, sin el conocimiento de este".*

En dicha doctrina se clasificaron las posibles captaciones telefónicas de la

siguiente forma: "*la intercepción de conversación telefónica por terceros, sin el conocimiento de los dos interlocutores; "la intercepción de conversación telefónica por un terceros; con conocimiento de uno de los interlocutores".*

G. Medios Audiovisuales

Raynaud en su Revista de Tecnología Educativa (1979, Volumen 5, Nº 2 y 3) señala que el Audiovisual consiste en *"la integración artificial de una imagen icónica proyectada y un contenido sonoro grabado que opera en forma simultánea como una sola entidad".* Se diferencia de otras representaciones gráficas (v. gr., la fotografía) por su contenido sonoro. En tal sentido, el audiovisual está constituido por dos elementos básicos, que se integran:

1.- Una imagen icónica (visual), representada por una dispositiva en blanco y negro o en colores, y

2.- Un contenido sonoro, representado por sonidos (música, palabras u otras manifestaciones) que se expresan a través de una grabación en un soporte material.

Considerados como elementos diferentes, destinados a estimular el oído y la visión del receptor, para lo cual deben ser proyectados o emitidos, y para que esa proyección o emisión sea posible es indispensable la organización secuencial de las imágenes y de los sonidos, para que el conjunto tenga continuidad lógica o dramática. Por ello, el movimiento de la imagen viene ser una de las características que junto con los otros elementos, distinguen el audiovisual de otras formas de expresión (v. gr., de la fotografía o de la grabación sonora).

Organizados todos estos elementos, dependiendo de la finalidad con que se haya producido y del soporte material en que se haya fijado o grabado, el audiovisual puede ser transmitido mediante la utilización de artefactos mecánicos, equipos electrónicos o de otra clase, especialmente diseñados para tal fin.

Sin embargo, se plantea la incertidumbre sobre si las representaciones visuales de imágenes con movimiento, aun sin sonido, pueden ser consideradas como audiovisuales (v. gr., una película muda), en estos casos, la característica determinante del medio es la organización de las imágenes en forma secuencial, y su expresión dinámica (con movimiento).

Por las innumerables ventajas que presenta el uso del audiovisual como representación de cualquier fenómeno o creación humana, el audiovisual es utilizado en múltiples aplicaciones que van desde el campo cultural, comprendiendo los audiovisuales de naturaleza recreativa y educativa o formativa, hasta su utilización en el campo científico y la química, la geología, biología, entre muchas otras disciplinas.

Entonces, se tiene que un audiovisual puede contener representaciones de hechos reales sucedidos, o de hechos creados por la mente que no corresponden a un acontecer humano, como sería el que contiene unos dibujos animados. En este último caso, el audiovisual tiene un contenido de ficción elaborado por la mente humana, en forma directa o indirecta.

Definición de Audiovisual según la Ley sobre Derechos de Autor, Venezolana

La LSDA, define en su artículo 12, la obra audiovisual como *"Toda creación*

expresada mediante una serie de imágenes asociadas con una sonorización incorporada, que está destinada esencialmente a ser mostrada a través de aparatos de proyección o cualquier otro medio de comunicación de la imagen y del sonido, con independencia de la naturaleza o características del soporte material que la contenga".

La definición transcrita, está limitada al ámbito de las creaciones, dejando fuera la noción de audiovisual como medio de capacitación y transmisión o proyección de hechos históricos o fenómenos naturales.

Clases de Audiovisuales

Aunque el medio audiovisual, presente versatilidad de aplicaciones, sin embargo permite ser agrupado en dos clases fundamentales de acuerdo a su finalidad:

Audiovisual que representa hechos irreales: creación o ficción

El Audiovisual que se utiliza para la representación de una creación o producción del ingenio. En este caso no se trata, de emplear el medio audiovisual para dejar constancia sobre la ocurrencia de hechos o fenómenos ocurridos en la realidad, sino que se utiliza para expresar creaciones intelectuales del ser humano. Dentro de esta noción se incluyen el medio audiovisual definido en el Artículo 12 de la LSDA y en la Ley de Cinematografía Nacional, así como todas las otras creaciones que aunque no constituyan "obras audiovisuales" en el sentido de la citada Ley contiene los elementos citados en la definición.

Audiovisual que reproduce hechos ocurridos

En estos casos, el audiovisual se utiliza para captar y representar hechos históricos, fenómenos naturales y científicos. Aunque normalmente son empleados para dejar constancia de hechos ocurridos en el pasado, sin ninguna finalidad específica, tienen gran utilidad en el campo científico al ser utilizados como medios de apoyo para facilitar la investigación y el estudio de fenómenos de interés científico, tal es el caso de la empresa Análisis de Errores, con sede en California (EUA) mediante el uso de animaciones por computadora en colaboración con empresas aseguradoras para determinar la causa de siniestros aéreos .

El Audiovisual como Medio de Prueba

Los Medios Audiovisuales, pueden constituir efectivamente medios de prueba no sólo porque contengan registros de hechos que prueben alegatos controvertidos por las partes (v. gr., si se tratara de un contrato registrado en un audiovisual por ambos contratantes, o de un hecho ilícito que se reproduce en él), sino que deben ser utilizados como medios de prueba, para fundamentar acciones derivadas de la LSDA, acciones por daños y perjuicios, y aún en acciones fundamentales por violación del derecho a la imagen de alguna persona.

El Audiovisual, es un medio de Prueba por la sencilla razón de que trae los hechos afirmados al proceso, permitiendo que esos hechos queden al alcance de los sujetos procesales durante toda la causa. La misma Ley reconoce al Audiovisual como Medio de Prueba, de conformidad con los Artículo 145 de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, pero no lo regula exhaustivamente, de allí que deba ser utilizado como medio libre a falta de indicaciones legales sobre su promoción y evacuación.

Comparación del Audiovisual con otros medios de Prueba

1) Documentos

Existen diversas opiniones en la doctrina sobre la posibilidad de considerar al medio audiovisual como una especie dentro del género de los documentos. En favor de la consideración del medio Audiovisual como documento, se sostiene que el medio audiovisual constituye una creación del hombre que forma un pensamiento objetivizado, anexable a los autos, y que en virtud de ello, puede adquirir autenticidad y ser copiable en forma certificada.

En este sentido se expresa el autor Devis Echandía (1981, p. 486) cuando define el documento como *"toda cosa que sea producto de un acto humano, perceptible con los sentidos de la vista y el tacto, que sirve de prueba histórica indirecta y representativa de un hecho cualquiera";* y posteriormente incluye las fotografías, microfotografías, radiografías, electrocardiogramas, películas, grabaciones y discos, dentro de la noción de documentos privados sin firma, siendo ésta la posición del CPC Colombiano en su artículo 251.

En nuestra doctrina patria, Rengel Romberg (1995) defiende la caracterización del audiovisual como documento, acogiéndose a cierta posición de la doctrina italiana, señalando al respecto que *"la intervención de técnicas modernas, no da lugar a la creación de pruebas que no pertenezcan a las dos categorías fundamentales: documentos y testimonios, y que son documentos las producciones mecánicas como las fotografías, las fotocopias, los registros magnéticos, las tomas cinematográficas, respecto de las cuales surge, cuando más, el problema de la autenticidad de la representación por ellas suplida..".*

Sin embargo, de una reflexión del contenido de los audiovisuales, surgen diversas razones que pueden sostenerse en contra de la consideración del medio audiovisual como especie de género documental, ya que existen circunstancias y características del medio Audiovisual que permiten diferenciarlo claramente de los documentos, entre los cuales cabe destacar:

1.- El Medio Audiovisual, por sus características especiales, puede, a diferencia del documento, expresar fácilmente la expresión corporal o el sonido a través de secuencias con movimiento, lo cual es irreproducible en los instrumentos escritos o en las fotos.

2.- El Medio Audiovisual, a diferencia del medio documental, requiere para su apreciación, de actos procesales en los cuales sea mostrado su contenido (proyección), lo que hace que su posibilidad de control produzca en forma diferente a la del documento, pues estos últimos se encuentran en autos y a la orden de los sujetos procesales en todo momento.

3.- El Medio Audiovisual, a diferencia del documento, no tiene porque contener declaraciones, y

4.- Al Medio Audiovisual, no se le puede aplicar el régimen de autenticidad de los documentos en forma estricta, por su propia naturaleza, y así lo ha establecido Urdaneta Finol (1997, p. 267 a 335).

2) La Inspección Judicial

Respecto a la consideración del medio audiovisual como una inspección judicial, puede sostenerse que el medio audiovisual tiene características que le permiten asimilarlo a una Inspección. No obstante, debido a que los

medios Audiovisuales, a diferencia de la Inspección Judicial, normalmente versan sobre hechos ocurridos en el pasado (hechos históricos) o sobre ficción; en cambio la Inspección Judicial está destinada a la apreciación de hechos presentes. De igual forma, la Inspección Judicial consiste en una apreciación directa del Juez a través de los sentidos, y en el caso del Audiovisual, aun cuando se trate de hechos reales, su apreciación no ocurre directamente (por lo que puede ser alterada, y carecería de sentido si se tratare de una Inspección), puede ser realizado con total independencia de un juicio, y versar sobre hechos irreales (tal es el caso de las obras protegidas por la LSDA), además de que su proyección permite realizar exámenes que en la inspección judicial no son posibles, tal como ocurre si se "congela" la imagen del Audiovisual para apreciar ciertos detalles difíciles de captar, o si se proyecta a una velocidad diferente para lograr efectos visuales. Considerar que el examen Audiovisual equivale a una Inspección Judicial, es igual que pensar que la lectura de un Instrumento es un reconocimiento.

3) Experimento Judicial

Cabrera Romero (1984, p. 119) ha definido el Experimento Judicial como *"aquellos actos procesales que para verificar la ocurrencia o la posible ocurrencia (en el pasado o en el futuro) del hecho, se caracterizan por un examen judicial práctico de una persona, de una cosa o de un lugar, o de una secuencia de hechos que se reproducen artificialmente".*

Los Medios Audiovisuales, no pueden ser considerados Experimentos Judiciales, puesto que los hechos que contienen pueden ser perfectamente conocidos por ambas partes, sin que haya nada que averiguar, lo que no permite que haya experiencia alguna; además cuando el Medio Audiovisual

se promueve como medio de prueba, el análisis que se va a hacer de las imágenes y sonidos que él contiene, no necesariamente tiene que constituir un experimento, una confrontación de hipótesis con lo que se capta.

El Audiovisual como Medio de Prueba Autónomo

Observamos entonces como el medio audiovisual puede obrar como medio de prueba autónomo por las características peculiares que tiene, y además de ello, debe ser diferenciado de los audiovisuales señalados en las disposiciones contenidas en los Artículos 189 y 502 del CPC, en las cuales se emplea el Audiovisual para utilizarlo previo al levantamiento de un acta, y como medio de ilustración:

Artículo 189 del C.P.C: *"…las declaraciones de las partes, las posiciones juradas, las declaraciones de los testigos y cualesquiera otras diligencias que deban hacerse constar en el acta, podrán ser tomadas mediante el uso de algún medo técnico de reproducción o grabación del acto…".*

Artículo 502 del C.P.C: *"El Juez…puede disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aún fotográficas, de objetos, documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie".*

En tal sentido, el Audiovisual obra como medio de prueba autónomo, cuando trae hechos al proceso, y no es utilizado en la forma señalada en los artículos 189 y 502 del CPC.

El Audiovisual como Objeto de Prueba

Tiene lugar cuando plenamente identificado como una cosa de importancia para el proceso, él va a ser sometido a una experticia para dejar constancia de determinados hechos que sólo pueden ser conocidos debido a la apreciación o verificación que de ellos hagan técnicos, científicos o especialistas en una materia.

H. Producciones Computarizadas. Los Juegos de Video

Noción de Juegos de Video

La industria de los ordenadores electrónicos ha avanzado vertiginosamente en los últimos años, permitiendo la utilización de computadoras en todas las actividades de la vida humana, desde las aplicaciones industriales más complejas, como la producción de automóviles y mejoramiento de las líneas de producción, hasta la totalidad de las comunicaciones humanas, desde las comunicaciones masivas a través de sistemas de fibra óptica, hasta la posibilidad de comunicarse a través del sistema de “correo electrónico” (E-mail) o de “Internet”. No obstante ello, las innovaciones tecnológicas no sólo han alcanzado logros en el campo de las disciplinas científicas sino también en la industria del entretenimiento, y ello ha permitido el notable avance en la producción de juegos de video.

Los juegos de video son programas de computación, diseñados a través de un lenguaje especializado, que representan situaciones irreales, expresadas a través de imágenes y sonidos de alta resolución. Tales expresiones son posibles, mediante la utilización de equipo (hardware) adecuado, y especialmente programado para llevara a cabo la lectura de los caracteres en que se exprese ese lenguaje.

Al igual que cualquier otro programa de computadora los juegos de video deben ser archivados en un soporte material, que bien puede ser un disco construido con aleación de materiales (CD o DVD) o cualquier otro soporte, del cual dependerá del formato que utilice el aparato que se requiere para hacer funcionar el programa.

Los videojuegos son programas en el sentido de que a través de la utilización de ese lenguaje y de un sistema operativo, llevan a cabo las órdenes que les son indicadas mediante la utilización de comandos o funciones especiales. En tal sentido, pese a la utilización de instrucciones y lenguajes científicos de naturaleza compleja, los programas contentivos de juegos de videos constituyen representación visual y sonora de determinados hechos, por lo cual deben ser encuadrados dentro de la noción de audiovisuales que vimos anteriormente. Sin embargo, no son otra cosa que el resultado de la operación de un programa de computación, lo que les concede una doble faceta.

Si queremos determinar si estamos o no frente a un medio audiovisual de representación de hechos, al menos desde el punto de vista de nuestra definición, podemos responder afirmativamente, considerando que los programas de computación, constituyen medios para representar situaciones, que aunque sean irreales, son expresadas mediante imágenes ordenadas secuencialmente, con sonorización incorporada y por esta razón, pueden servir de vehículos para traer hechos al proceso.

No obstante, desde el punto de vista de la normativa sobre derechos de autor, al consistir los juegos de video en programas de computación, su protección legal por vía autoral, hace encuadrarlos dentro de la definición que da la LSDA de los “programas de computación”, y no de las obras

audiovisuales, debido a que si bien, *“toda forma de expresión audiovisual está protegida como obra siempre que tenga elementos creativos con rasgos de individualidad, en cualesquiera de los dominios literarios, artísticos o científicos”* , los videojuegos, como programas de computación, constituyen un tipo de obra diferente, debido a que están formados por un conjunto de instrucciones destinadas, al ser utilizadas, a llevar a cabo una tarea o función, es decir, su creación prevé la interacción del usuario con el ordenador (hardware), para operar el programa, requiriendo así una actividad ulterior del usuario para llevar a cabo determinadas actividades, en el entendido que éstas no serán consideradas obras individualmente.

En cambio las obras audiovisuales no contienen instrucciones, no requieren actividad posterior, diferente de la exhibición para ser utilizadas. Las obras audiovisuales son creadas, fijadas en un soporte material y exhibidas o proyectadas, sin necesidad de la intervención activa de otro sujeto.

Señala Antequera (1994, p. 221) que al hablar de programas de computación, debe entenderse que no sólo comprende la secuencia de instrucciones, sino también la descripción o documentación técnica (que compruebe una representación completa de las instrucciones, suficiente para determinar el conjunto de operaciones que constituyen el programa) y los documentos auxiliares o manuales de uso”.

Tal definición permite entender que los programas de computación, son obras y ello es posible, en virtud de la amplitud del concepto de obra que surge de dos principios fundamentales a saber:

1- El talento del hombre y sus posibilidades creativas, son ilimitadas, y ello permite el surgimiento de nuevas formas de expresión, que al

contener elementos artísticos, científicos o literarios, como manifestaciones de individualidad, están protegidas por el derecho de autor: y

2- La enumeración de obras contenidas en las Leyes, tiene siempre un simple carácter ejemplificativo, de manera que toda obra literaria, artística o científica, esté o no incluida expresamente en ese catálogo, esta tutelada por la Ley. El carácter de obra que les imprime la Ley a los programas de computación, permite también definirlos por su forma de expresión, como obras literarias, debido a que expresan en forma escrita a través de uno o varios lenguajes; y por su contenido, se trata de obras científicas.

En efecto los programas de computación deben ser considerados como obras, si tomamos en cuenta que son producto de la creación y del ingenio humanos. Además, esa obra o creación, para ser representada utiliza un aparato de proyección, que en este caso, será el “hardware” o equipo debidamente programado para “leer” las instrucciones inscritas en el lenguaje en que el programa fue creado. Y tal obra, además, debe ser archivada en un soporte material, cualquiera que sea su naturaleza.

No obstante que, desde el punto de vista de la protección que brinda la Ley sobre Derechos de Autor, los programas de computación son considerados como pertenecientes a un género diferente de las obras audiovisuales y a los efectos de considerarlos “audiovisuales”, como medios de prueba autónomos, será perfectamente posible, de acuerdo a determinadas circunstancias.

La consideración de de un medio como audiovisual o no, a los efectos de poderlo utilizar como “medio de prueba”, depende únicamente de la

existencia de esos dos elementos: visual y sonoro, y de su posibilidad real de traer hechos al proceso, sin importar su contenido creativo o no. En este sentido, la noción de de audiovisual que interesa desde el punto de vista del derecho probatorio, es mas amplia que la contiene la LSDA y demás leyes similares. Lo decisivo radica en que el Juez conozca un hecho del cual es intermediario el audiovisual, y su proyección ante el él será necesaria. No obstante, cuando los hechos contenidos en el audiovisual son reconocidos por otras formas, que los viertan en autos mediante una declaración (testimonial o pericial), no hace falta su proyección ante el Juez, pues en este caso no obra como medio de prueba.

Importancia de su consideración como medios audiovisuales

Los juegos de video, independientemente de la protección que les otorguen la LSDA y otras leyes especiales, deben ser considerados dentro de la noción dada de audiovisuales, como conjunto de elementos sonoros y visuales, ordenados en forma secuencial; y ello ocurre porque permite utilizarlos como medio de prueba en procesos judiciales para demostrar alegatos o afirmaciones; y esto ocurre no solamente en procesos judiciales fundamentados en violaciones a la LSDA (en estos casos, servirán como elemento fundamental para demostrar el plagio de programas de computación, la piratería, la reproducción o difusión no autorizada), sino también en procesos cuyo fundamento sea la violación de derechos consagrados en otras leyes (V. gr., servirán como elemento fundamental para demostrar la instigación a delinquir, en caso de tener contenido violento; entre otros), como veremos de seguidas.

Como medio de prueba para demostrar violaciones a la LSDA

Los juegos de video, considerados como programas de computación, cuya expresión es a través de la utilización de sistemas audiovisuales sofisticados de alta resolución, están protegidos directamente por la LSDA, en su artículo 17.

En tal sentido, su consideración como “obra” permite la aplicación de los mecanismos de protección establecidos en la citada Ley, artículos 109 al 118 (Título V. De los Recursos Judiciales Civiles), para sus creadores y demás titulares de derechos patrimoniales, contra las posibles violaciones a los derechos autorales y conexos. De esta forma la misma LSDA, consagra en favor de los titulares de cualquiera de los derechos autorales, afines y conexos, acciones judiciales que permiten la defensa de sus respetivos derechos. Entre ellas se destacan:

1. **La acción declarativa o de asertimiento**

El maestro Humberto Cuenca citado por Antequera Parilli (1986, cit. p. 164) ha establecido que esta acción *“se dirige a obtener un pronunciamiento judicial que confirme la existencia del derecho alegado por el promovente”* y tiene su fundamento *“en la necesidad de seguridad y precisión que requiere ciertos derechos subjetivos sometidos a un estado de duda e incertidumbre”.* Se trata sin duda, de una acción judicial fundamentada en el artículo 16 del CPC, pues el interés del actor estará limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica autoral. Si la obra, sobre la cual versan los derechos o relaciones cuya existencia se pide declarar, consta en un audiovisual, entonces éste será un elemento fundamental para la demostración de las afirmaciones de hecho del demandante.

2. La Acción Inhibitoria

Dirigida a obtener una orden judicial de prohibición de violación a una persona, cuando el titular de los derechos “tuviere razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada (artículo 109 de la LSDA).

3. La Acción de Multa en caso de contravención

Esta acción procede en caso de haberse comprobado en el proceso instaurado con motivo de la acción inhibitoria, la ocurrencia de una contravención al derecho del accionante.

4. La acción de remoción o destrucción

Esta acción se fundamenta en la existencia de una actividad infractora que se puede concretar en la producción de unos resultados materiales (por ejemplo la fabricación de ejemplares) o apoyarse en determinados bienes corporales, de manera que la defensa del derecho implica su remoción o destrucción.

5. La acción de daños y perjuicios

Su fundamento está en lograr una condena que contenga la orden de una reparación patrimonial para resarcir la violación de un derecho autoral, conexo a afín; consagrado en el artículo 64 de la LSDA.

En todas estas acciones, la prueba fundamental, si de la violación de derechos de autor sobre un juego de video (como programa de computación)

se trata, está constituida por la obra, considerada como “audiovisual” desde el punto de vista de nuestra definición. Su utilización como medio de prueba permitirá, conjuntamente con otras pruebas, determinar la violación de los derechos actorales, por parte de quien ha plagiado o reproducido un programa y lo está utilizando sin permiso del autor. En el caso de un plagio, la proyección de las imágenes se confrontará con los del programa original que se dice plagiado, por lo que el audiovisual proyectado ante el Juez e identificado (con otras pruebas) como el “original” y el “copiado”, servirán para demostrar o no su carácter de idénticos.

Como medio de prueba para demostrar violaciones a otras leyes

No obstante su utilización, amplia, en el campo de los derechos autorales, conexos y afines, el juego de video, considerado como medio de prueba audiovisual (conjunto de imágenes y sonidos expresados en forma simultánea y secuencial), puede servir para demostrar la violación de leyes. De esta forma, por ejemplo, un juego de video de contenido extremadamente violento que además contenga expresiones obscenas (escenas donde se exprese el sexo en forma vulgar o se empleen malas palabras, o demuestren gesticulaciones, entre otras), pudiera servir para demostrar que su autor es responsable de una falta contra la moralidad pública, como la establecida en el artículo 538 del Código Penal sobre los actos contrarios a la decencia pública, o bien del delito de instigación a delinquir, si del contenido del juego de video, ello se pudiera deducir fácilmente.

Asimismo podrá servir de fundamento para demostrar la falta relativa a los juegos de azar (artículo 532 del Código Penal), si el juego de suerte, envite o azar fuere un juego de video (v. gr., las computadoras traganíqueles de amplia difusión en las ciudades).

En todos estos casos, la proyección del audiovisual (videojuego o programa) será fundamental para la comprobación del cuerpo del delito, cuya proyección la hará el Juez o el funcionario instructor correspondiente.

Eficacia probatoria de estos medios de prueba

El juego de video, utilizado como medio de prueba audiovisual, puede ser un medio altamente eficaz, debido a las ventajas que ofrece la posibilidad de apreciarlo utilizando los avances de la técnica, además de su contenido evidentemente descriptivo, que supera las limitaciones de otros medios de prueba (v. gr., la fotografía).

No obstante ello, debido al desarrollo vertiginoso de la industria de la computación, que permite la utilización de innumerables recursos, que pueden lograr efectos visuales y acústicos increíbles, además de poder "disfrutar" las imágenes y sonidos que sirvan para demostrar violaciones, el medio audiovisual constituye un instrumento de muy difícil manejo, que requiere con frecuencia la intervención de expertos, para demostrar los hechos que se alegaron y la consecuente efectividad o inefectividad del medio mismo.

Dificultades derivadas del desarrollo tecnológico

Por su misma naturaleza y por sus características, el juego de video como medio audiovisual, presenta enormes dificultades en su utilización como medio de prueba para demostrar hechos afirmados en un proceso (v. gr., violaciones a los derechos autorales). En efecto, los adelantos tecnológicos, permiten que se hagan reproducciones ilícitas y que se utilicen recursos que

hagan no difícil sino imposible la prueba de la violación algún derecho.

En tal sentido, con la utilización de sistemas de copia por computadora, resulta imposible distinguir el original de una copia ilícita, si se pretende utilizar el audiovisual para demostrar la violación de derechos de autor, por ejemplo. Asimismo, pueden alterarse las imágenes y entre las gráficas de alta resolución (con apariencias casi reales) que permiten los computadores, dificulta la demostración de la violación de disposiciones del Código Penal, por ejemplo, con la utilización del audiovisual como medio de prueba.

Por tales razones, la efectividad del videojuego como audiovisual, está severamente limitada por el mismo desarrollo tecnológico, que permite que con su utilización se materialice la producción de graves daños , no solo desde el punto de vista de los derechos de autor, sino desde otros aspectos, como hemos mencionado, y además permite la destrucción y desaparición física inmediata de toda evidencia, En otras palabras, se trata de un medio de prueba con posibilidad de “autodestruirse”, como ocurre en cualquier historia de ciencia ficción. Por ello, en su utilización, es imprescindible, la mayoría de las veces, la utilización de medios de prueba colaterales, que contribuyan a dar efectividad que el audiovisual puede contener, para lograr la demostración efectiva de los alegatos de la parte que produjo tal medio en el juicio.

Finalmente, en el uso de los videojuegos, hay que distinguir la prueba que surge de la proyección del audiovisual, la cual por sí sola, no bastaría para probar los hechos controvertidos. El audiovisual viene contenido en un soporte que será consignado junto con el escrito de promoción de pruebas y que puede contener una presunción de autoría si al proyectarlo, se manifiesta el nombre del autor, en la forma habitual, tal y como prevé la Ley

sobre Derechos de Autor. Si la condición de autor no consta en el contexto proyectado, la misma tendrá que ser probada.

I. Experimentos Científicos mediante el uso de Sistemas Computarizados: La Tomografía, La Endoscopia

Noción de experimentos científicos mediante el uso de sistemas computarizados

De la misma forma como se han creado programas de computadoras para la industria del entretenimiento, el avance tecnológico ha permitido la utilización de sistemas avanzados para ser utilizados en el campo de la investigación científica, específicamente en el campo de la medicina, en los últimos diez años se han ideado métodos que permiten obtener el análisis de órganos del cuerpo humano, a través de sistemas de video, los cuales han superado severas limitaciones que tenia el método de "rayos x" para detectar problemas en el cuerpo humano. En tal sentido, instrumentos electrónicos como el "Siemens Universal Lithotripter" permite la captación de imágenes y sonidos reales en diversa regiones del cuerpo humano, con la utilización de fibras ópticas que permiten hacer tomas audiovisuales que pueden ser vistas a través de un monitor.

En forma similar operan instrumentos electrónicos, que permiten efectuar exámenes en el Sistema Gástrico (endoscopias), cuyos resultados son expresados a través de imágenes y sonidos. En forma similar, aunque sin el elemento sonoro, se logran, mediante la utilización de sistemas computarizados, exámenes tales como tomografías computarizadas (TC) y los Análisis de ADN (ácido desoxirribonucleico). Y la falta de elemento sonoro, a juicio del maestro Cabrera Romero (1997, p. 222) no debe impedir

que tales mensajes sean considerados como audiovisuales señalando al respecto que *"…la sola existencia del elemento "visual", contenido de secuencias que captan movimientos, y la fijación de tal elemento en un soporte material, debe ser suficiente para considerar a este tipo de creaciones, como "medios audiovisuales".*

Ello además puede fundamentarse en una razón jurídica, contenida en el artículo 1º de la Ley de la Cinematografía Nacional, que define las obras cinematográficas como "mensaje visual o audiovisual, fijadas en cualquier soporte con posibilidad de ser exhibidas por medios masivos", prescindiendo del elemento "sonoro".

Se trata de documentos representativos, no declarativos por lo que pueden aducirse como pruebas en cualquier proceso, aunque no exista una norma legal que los autorice; sin embargo nuestra Ley Adjetiva prevé en **su Artículo 504** alguno de estos medios de pruebas:

"En caso de que así conviniere a la prueba, puede también disponerse la obtención de radiografías, radioscopias, análisis hematológicos, bacteriológicos y cualesquiera otros de carácter científico, mediante un experto de reconocida aptitud nombrado por el tribunal".

Importancia de su consideración como medios audiovisuales

Los métodos descritos en el punto anterior, evidentemente permiten su consideración como medios audiovisuales, por contener los elementos visual y sonoro, y permitir ser expresados en forma dinámica, constituyen una especie del genero de prueba libre que hemos denominado medio de prueba audiovisual.

En el caso de los análisis científicos, conocidos como tomografía computarizada, aunque en algunos casos, carecen del elemento sonoro, en virtud de la amplitud de nuestro concepto de audiovisual, considerado como medio probatorio, es posible considerar las emisiones visuales hechas por estos equipos médicos de alta tecnología, como medios audiovisuales, independientemente del elemento sonoro, el elemento imprescindible del audiovisual viene a ser la secuencia de movimientos de imágenes, que permite además diferenciar nuestro medio de otros similares como la fotografía.

En consecuencia, resulta importante el hecho que permite considerar los análisis científicos en el campo de la medicina, como medios audiovisuales, por lo que a tales producciones les resulta aplicable el régimen jurídico que se establezca para la prueba audiovisual, considerada como prueba libre.

Como medio de prueba para demostrar daños producidos por mala praxis médica

Ahora bien, la consideración de los experimentos científicos descritos, como audiovisuales, se hace en virtud de la utilidad que pueden tener en algún proceso judicial para demostrar hechos afirmados por algunas de las partes.

Estos medios audiovisuales relacionados con los experimentos científicos, mediante el uso de sistemas computarizados son utilizados como medios de prueba para demostrar los daños producidos por mala praxis médica y en los casos de enfermedades profesionales, para comprobar los hechos afirmados por alguna de las partes en un proceso judicial determinado.

Su utilidad indiscutible, en algunos casos, para demostrar la "mala práctica médica", en cuyo caso se puede promover un ejemplar del soporte material (cintas, CD, entre otros) que contenga el examen, análisis o experimento, llevado a cabo mediante el empleo de medios audiovisuales como los transcritos con anterioridad. Así, puede promoverse el soporte material donde conste la "endoscopia" o el resultado (cinta o soporte material) de una prueba medica hecha con el "Siemens Universal Lithotripter", para probar los daños que pudo haber ocasionado al paciente, un mal diagnostico, derivado de la utilización de este tipo de aparatos.

Eficacia probatoria de estos medios de prueba

Aplicando mutatis mutandis lo que expresamos previamente sobre la eficacia probatoria del juego de video como medio de prueba audiovisual, debe decirse que en el caso de las pruebas médicas realizadas mediante la utilización del sistema audiovisual, ellas pueden en muchos casos, constituir un elemento que demuestre en forma clara y contundente, los hechos que fundamentan la pretensión (mala praxis médica), en virtud de loa expresión del medio mismo, que permite, gracias a los avances tecnológicos, apreciar detalles que no es posible observar con la utilización de otro medio de prueba, como por ejemplo, la fotografía.

Dificultades derivadas del desarrollo tecnológico

No obstante lo expresado, la gran ventaja que representa el medio audiovisual, en virtud de la coexistencia de elementos visuales y sonoros, con movimiento y gráficas de alta resolución; en virtud de las mismas facilidades tecnológicas, puede lograr un efecto altamente perjudicial sobre la efectividad del medio mismo. En efecto, el alto desarrollo de la industria

audiovisual en el campo científico, ha creado mecanismos que permiten alterar los resultados de las pruebas médicas, sin que sea fácilmente demostrable, por lo que toma importancia la utilización de medios colaterales para “reforzar” los hechos que arroja el análisis del audiovisual.

Pruebas auxiliares

La utilización de las pruebas auxiliares es indispensable en este campo, no solo por su contenido científico, de alta complejidad, que hace obligatoria la utilización de expertos con profundos conocimientos en ramas particulares de la medicina y en la utilización de estos sistemas avanzados; sino también, por la posibilidad de alterar fácilmente el medio audiovisual mediante la utilización de recursos computarizados, que puede incidir directamente sobre la efectividad de este medio de prueba.

La experiencia en la utilización de pruebas auxiliares en el campo de los audiovisuales, es amplia en otros sistemas legislativos, en algunos de los cuales, la misma ley sugiere cuales pruebas deben ser utilizadas para demostrar la autenticidad de los mismos.

Estos medios de pruebas como ya se ha venido manteniendo que no se tratan de pruebas autónomas por cuanto el juez necesita del auxilio de conocedores de la materia, o sea de peritos, para lograr su pleno conocimiento en relación a la misma. A pesar de los criterios sostenidos por los eminentes tratadistas y los que hemos resumido; es nuestro parecer, que a pesar de la autonomía que le da el texto legal, es una especie muy particular de la experticia, porque esta tiene el carácter de coadyuvante para establecer la veracidad de lo que se pretenda demostrar.

J. Proyecciones Gráficas al Servicio de otras Disciplinas Científicas

Proyecciones Gráficas de utilidad para la industria aeronáutica

Igual que se utiliza en el campo de la investigación médica, la técnica de medios audiovisuales, es empleada en otras ramas de la ciencia como la industria aeronáutica. En efecto, para la captación de fenómenos naturales e investigaciones espaciales, se llevan a cabo análisis mediante la utilización de sistemas de contenido audiovisual, de alta resolución, como sucede cuando son empleados sistemas computarizados de “realidad virtual HMD” (head monted displays), que permiten la captación de fenómenos a través de cámaras de resolución gráfica y sonora, o permiten la creación de situaciones “irreales” para demostrar la existencia de un determinado fenómeno.

Asimismo es utilizado el sistema de captación a través de lentes de “cristales de estructura subatómica”, que permiten registrar imágenes con capacidad de hasta un millón de “megabits”, conjuntamente con la utilización de sensores de sonido con alta resolución. Y tales sistemas, deben ser también considerados “medios audiovisuales” a los efectos de nuestra definición, para su utilización en procesos judiciales como medio de prueba.

Proyecciones Gráficas de utilidad para las autoridades judiciales

Asimismo, el sistema de la “realidad virtual” que permite reproducir situaciones que pudieron haber ocurrido, a través de imágenes y sonidos de alta resolución técnica, es utilizable en algunos países, como ayuda fundamental en los procesos penales. Por lo cual se amplía la utilización de los medios audiovisuales, empleándolos al servicio de la administración de

justicia.

Respecto de la importancia sobre la consideración de estos medios como “audiovisuales”, su eventual eficacia y dificultades derivadas del desarrollo tecnológico, deben aplicarse mutatis mutandis, las consideraciones expuestas previamente en los juegos de video y los audiovisuales en el campo científico.

K. Medios Informáticos: Correos Electrónicos, Páginas Web, Mensajes de Datos.

La tecnología de las comunicaciones está en un período revolucionario. Los cambios en la técnica y la tecnología se producen a una velocidad enorme. Están implicados nuevos inventos y nuevos descubrimientos. Es una realidad el crecimiento sin precedentes de la industria y comercio de las computadoras y el lanzamiento de satélites de comunicación. El vertiginoso desarrollo de las redes, de los medios informáticos y telemáticos ha producido notables cambio en el intercambio de la información y en el desarrollo del comercio y contratación “on line”.

Observemos que los trámites bancarios pueden hacerse desde el hogar o la oficina, como también compras de distintas clases. Se transmiten y negocian documentos a través de las computadoras. Se pueden hacer reuniones y simposios estando los participantes en localidades distantes unas de otras. Desde el hogar o la oficina se puede adquirir boletos aéreos, reservas en hoteles, en trenes o ir a subastas. Hoy tenemos terminales de bolsillo que tienen una diversidad de aplicaciones casi infinita, desde enviar mensajes hasta acceder a muchas computadoras y bancos de datos, y obviamente

realizar operaciones. Los canales de comunicación proporcionan excelentes servicios médicos, algunos computarizados y otros a través de videófonos y grandes pantallas de televisión. Los pacientes pueden ser monitoreados durante sus actividades diarias normales.

En revisión del crecimiento industrial debe observarse que en los últimos años ha habido un incremento de las industrias “blandas”, aquellas que no requieren una gran planta fija: por ejemplo, creación de software, diseño de chips, diseño de juegos electrónicos, programación de video discos, creación de material para la industria de enseñanza electrónica. Eso plantea que estamos frente a un nuevo modo de producción cuyo motor principal es la inteligencia que se expresa en las formas electrónicas y artificial. Todo esto conduce a un cambio, es obvio que tenemos que dar respuesta a ese movimiento y a esas nuevas formas de relaciones. De allí surgen nuevos paradigmas, nuevas formas de relaciones y por supuesto la necesidad de nuevas regulaciones.

Sin darnos cuenta, estamos atravesando en período de transición, estamos caminando decididamente –sin vuelta atrás-hacia una era informática de masas que va invadiendo todos los estamentos sociales. La sociedad va adaptándose a su uso. Pero esa satisfacción se quebranta cuando alguien incumple lo pactado, no es el producto que pedimos, o cuando conocemos que por esos medios se transmiten cuestiones que afectan la moral social o a nuestros niños. El problema, entonces, es como ir a juicio y probar el contrato, la ofensa, la oferta engañosa, el delito, etc.

Es cierto que la tecnificación en los últimos tiempos le ha prestado grandes servicios a la administración de justicia agilizando sus procedimientos y posibilitando un acceso más expedito a las leyes, a la doctrina y a la

jurisprudencia. La gestión de los juzgados se apoya cada vez más en la informática. Pero, a su vez, el progreso ha traído consigo nuevos problemas sobre todo en lo referente a la validez y valoración de las pruebas soportadas en medios informáticos.

Las Tecnologías de Información y su Repercusión Procesal

El progreso ha traído y traerá consigo nuevos problemas, sobre todo en lo referente a la validez y valoración de las pruebas soportadas en medios informáticos.

En la medida en que se han ido generalizando masivamente las comunicaciones realizadas con el apoyo de medios electrónicos como teléfonos, videos, redes internas, redes mundiales, etc., los negocios, las transacciones financieras y todo el tráfico mercantil han ido perdiendo, poco a poco ese soporte “material” tradicional, aquel texto plasmado en el papel con tinta indeleble y firmado de nuestro puño y letra, que aún hoy nos deja sentir el sabor de la seguridad, lo que se conoce hoy día como desmaterialización de las comunicaciones.

El desarrollo de la informática ha impactado a diversas formas procesales. Por ejemplo, respecto a los actos en la formalidad de la citación y notificación se plantea la posibilidad de realizarla a través del correo electrónico; la realización de ciertos actos probatorios a través de video conferencia, como la prueba de testigos a distancia. Es más, se habla de la alternativa de presentar un proceso *on line*.

Obsérvese que desde hace un tiempo, gran parte de los documentos empresariales –quizá la mayoría- carecen de la preciada firma autógrafa –

cuestión básica conforme a nuestras normas de documento tradicional-: libros de contabilidad, faxes, correos electrónicos, copias, microfilmes, planos digitales, etc. Estos fenómenos de desmaterialización y la falta de suscripción -firma-, han generado una serie de problemas a la hora de aceptar a los medios informáticos como prueba dentro del proceso: se observa, por ejemplo, la falta de autenticidad, su fácil reproducción y alteración, su volatilidad.

En la doctrina y jurisprudencia nacional se ha equiparado estos medios informáticos como documentos. En efecto, la profesora RICO CARRILLO (2001, p. 194) señala al respecto que *"la doctrina mayoritaria consideraba incluido estos soportes dentro de la prueba documental, tratándose de un documento privado, el documento electrónico es admisible, en el marco de los instrumentos, archivos, asientos o papeles privados..."*. Aunque válido, nos parece limitativo, pues no sólo son documentos, sino que pueden constituirse en evidencia o soporte de hechos. Debe entenderse que los medios informáticos y las tecnologías de la comunicación son instrumentos en los cuales pueden quedar estampados hechos, a su vez, a través de ellos se pueden cometer ilícitos, a los cuales se les ha bautizado, inadecuadamente, como delitos informáticos.

La doctrina distingue dos elementos constitutivos del documento: el *corpus* y el *docet.* El *corpus* es la cosa corporal sobre la que consta inserta una representación gráfica, una grafía, de un hecho. El *docet* es la enseñanza, la manifestación de lo que el actor intenta expresar al destinatario del documento, se entiende como la manifestación volitiva. De manera, que aquello que contenga estos elementos puede considerarse como documento: una carta, un *graffiti*, un plano, etc. Quizá el problema principal radica en dilucidar si los medios informáticos –correos electrónicos, páginas web,

mensajes de datos, fax, etc., tienen ese elemento corporal, pues no se tiene dudas que hay intencionalidad y expresividad.

Los medios informáticos son instrumentos complejos en los cuales se expresa la inteligencia artificial y que se insertan en las relaciones sociales y humanas, pudiendo manifestarse en ellos conductas humanas o ser instrumentos para la realización de dichas conductas. A través de ellos se pueden realizar contratos, ofertas, adquisición de bienes, investigación documental, adquisición de servicios, transferencia de dinero, amenazas, extorsiones, pornografía, estafas, apropiaciones, fraudes, atentados contra la salud, lesión a la intimidad, violación de secretos industriales, praxis profesional inadecuada, etc. De todas las actividades que se pueden emprender con el uso de los medios informáticos pueden devenir conflictos que terminen en el ámbito jurisdiccional, lo que significa que debe darse una respuesta para su tratamiento en el proceso.

Los Derechos involucrados en la Prueba Informática

Debemos partir de que existe un derecho fundamental a probar, contenido en el debido proceso (artículo 49 numeral 1 CRBV) que establece que toda persona tiene derecho a acceder a las pruebas. Lo cual en correspondencia con las normas procesales referentes a la libertad de medios, no ofrece discusión que los medios informáticos pueden ser ofertados como instrumentos de prueba.

Ahora bien, esa oferta va a depender de la situación jurídica en la que se encuentren las partes o los terceros que pudiesen tener relación con los hechos controvertidos. Así tenemos, que si el medio informático es un instrumento para publicidad y oferta pública, nacen obligaciones para el oferente correlativas con derechos del público, e incluso pudiese ocurrir que

fuese instrumento para la comisión de un ilícito como es publicidad u oferta engañosa. Si el medio informático es de estricto uso personal o profesional, su contenido está protegido por el derecho constitucional a la intimidad y a la privacidad, contenidos en los artículos 47 (inviolabilidad de hogar y todo recinto privado) y 48 (secreto e inviolabilidad de las comunicaciones) de CRBV, y así se establece en el artículo 5 LMDFE.

Formas de Tratamiento Probatorio de los Medios Informáticos

Desde el punto de vista procesal, los medios informáticos pueden ser considerados como: a) fuente de prueba dado que contienen dentro de ellos información o datos; b) como medio de prueba en cuyo caso es un mecanismo o instrumento que sirve para introducción en el proceso de las fuentes de prueba; y c) como objeto de prueba. No hay duda respecto a que constituyen una fuente de prueba, pero es discutible si pueden ser considerados como medio autónomo. Vale preguntarse, frente al Decreto-Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas o de la forma genérica que se emplea en leyes procesales (CPC, LOPT, LOPNA) cuando expresan “pueden valerse de cualquier otro medio de prueba”, ¿Se ha creado un medio probatorio o se ha limitado a combinar los ya existentes, sin que quepa atribuir sustantividad propia a la nueva forma de proceder?.

1) Medio informático como fuente de prueba

MONTERO AROCA (1998, p.137) ha establecido que fuente es un concepto extrajurídico, que se corresponde forzosamente con una realidad anterior al proceso y extraña al mismo, pues, existe independientemente de que llegue a realizarse o no un proceso. Si no entra al proceso no tiene consecuencias procesales, pero si puede tener efectos materiales. Las fuentes preexisten al

proceso. No debe olvidarse que en el proceso se discuten hechos del pasado.

MUÑOZ SABATE (2006, pg. 479) ha señalado que fuente de prueba es el órgano, instrumento o circunstancia que conduce el hecho concreto al proceso porque en él está el hecho. Es el elemento en el cual ha quedado estampada o grabada la huella del hecho histórico que vamos a intentar reconstruir en el proceso. Puede verse que la fuente es material, ya no es en abstracto. Así no es la prueba informática como medio, sino el *diskette* tal que contiene el documento; no es la prueba informática en abstracto sino el *diskette* tal que contiene el contrato de servicio antivirus entre Pedro y Lucía; ya no es el instrumento como cosa en abstracto sino el computador tal sobre el cual debe recaer la inspección para extraer el hecho tal. Vale decir que la fuente es de donde se extrae el conocimiento de los hechos en su sentido integral, pudiéndose traer por cualquier medio probatorio.

Así pues, que fuente de prueba es: el hecho propiamente dicho que quedó estampado en las personas y cosas, anterior al proceso, y que registraron el hecho. En ocasiones el hecho fuente es el mismo que quiere probarse. Nótese que en la valoración uno de los aspectos es determinar la fiabilidad de las fuentes. Debe distinguirse entre la impugnación al medio probatorio y a la fuente.

2) Medio informático como medio de prueba

Los medios son los instrumentos procesales que son susceptibles de proporcionar un dato demostrativo de la existencia de uno o más hechos, que nos sirven para reconstruir los acontecimientos y mediante los cuales se manifiestan las fuentes de prueba sobre el conocimiento o registro de los hechos. Así, se conoce tradicionalmente como medios: la experticia, la

documental, la testimonial, etc. Pero con el avance científico y tecnológico han surgido otros instrumentos que revisten la característica de *impresionabilidad* y *traslatividad*, pues en ellos se quedan estampados hechos que pueden ser traslados al proceso. Entre ellos tenemos los medios electrónicos, que pueden ser sub-clasificados en: a) medios de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido –llamados también medios audiovisuales-, y, b) los medios informáticos.

Puede observarse una fuerte identidad entre los medios audiovisuales y los medios informáticos. La diferencia entre ambos, en una primera aproximación, radica en que, mientras los primeros captan o recogen imágenes o sonidos, los segundos contienen datos o información, en sentido genérico. Ambos son soportes –una cinta de video es tan soporte como un *diskette*; el contenido es de carácter incorpóreo (electrónica, magnética, etc.) y debe transformarse de algún modo sensible a los sentidos, es decir, requieren de un acto de reproducción. No obstante, debe expresarse que la diferencia radica en que los medios audiovisuales aprehenden una realidad o estampan unos hechos acaecidos –filman un secuencia o graban una conversación, mientras que los medios informáticos representan una realidad a través de signos, símbolos o códigos.

De este modo, una forma será la de aportar los medios audiovisuales y su forma de reproducción y por supuesto la resistencia de quien se opone, y otra cuando se trata de medios informáticos. Obsérvese, por ejemplo, que las reglas relativas a los documentos privados pueden ser aplicables a los medios informáticos que contengan documento, pero no en todos los casos a los medios audiovisuales, pues aquí podría impugnarse la exactitud, plenitud o coincidencia entre lo captado y la realidad.

3) Los medios informáticos como objeto de prueba

Cuando nos referimos a los medios informáticos como objeto de prueba es que sobre ellos pueden practicarse otros medios probatorios, para comprobar algún hecho relativo a ellos como cosas, por ejemplo, que no hayan sido alterados, que haya una encriptación, etc. Los medios informáticos pueden ser objeto de otros medios de prueba como la inspección judicial y la experticia –prueba pericial-. Cuando es objeto de prueba significa que el medio en ese momento es un hecho probatorio, por ejemplo, apreciar que un programa de *software* está funcionando mal, la existencia en computador de una correspondencia electrónica, los contenidos de una página *web*, el contenido de la bandeja de entrada de un servidor de correo electrónico, etc. O también, puede realizarse alguna comprobación técnica, como la existencia de firma digital encriptada, o pueden encontrarse rastros o evidencias de que existió unos datos determinados.

La Actividad Probatoria con los Medios Informáticos

Los medios informáticos, en la mayoría de legislaciones, no se encuentran regulados en forma expresa dentro de las normas procesales. Esto plantea varios problemas, a saber: a) la forma de proposición para su incorporación al proceso, b) la admisión en el proceso y, c) la eficacia probatoria y la valoración procesal.

La Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (LMDFE) en el artículo 4 estipula que la promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba se realizará conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. Nos parece que no contempla las

posibilidades de su uso en el proceso penal, pero obviamente, en virtud del principio de libertad probatoria (artículo198 COPP) pueden presentarse.

Es conveniente advertir que la doctrina para solventar el problema del tratamiento ha creado algunas reglas aplicables al Derecho del Comercio Electrónico: regla de equivalencia funcional, de neutralidad tecnológica, de inalteralibilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, de buena fe y de libertad contractual o de pacto.

Promoción como medio de prueba documental

Partiremos del medio informático como medio de prueba cuando se produce en el proceso en forma de documento. Para que pueda ser ofertado como medio de prueba porque contiene -fuente de prueba-, es necesario que cumpla ciertos requisitos: a) sistemas manejables de *hardware* y *software*, b) el contenido del mensaje remitido por el autor debe ser exacto al recibido por el destinatario, c) la conservación del mensaje y la posibilidad de recuperación, d) su legibilidad –pueda traducirse a lenguaje convencional-, d) posibilidad de identificación de los sujetos participantes, e) la atribución a una persona determinada en calidad de autor –autenticidad- y f) la fiabilidad de los sistemas utilizados para autenticación del documento.

Partiendo del marco legal, en Venezuela en el citado artículo 4 de la LMDFE se establece que *"Los mensajes de datos tendrán las misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos…",* y añade que se *"realizara conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil"*, lo que significa que aplicando lo allí dispuesto el medio semejante en este caso es la prueba documental, por tanto le serán aplicables esas disposiciones.

En cuanto a la forma de presentación no cabe duda que debe aportarse en su soporte informático –*diskette*, el *CD Rom*, el disco duro del computador o mediante envío telemático a través de Internet o cualquier otra red que permita la intercomunicación- junto con la trascripción del documento. Es bajo está forma que se garantiza el contradictorio y la parte a quien se le opone podrá verificar la autenticidad, integridad, confidencialidad, "no repudio", originalidad y veracidad del mensaje. Con la trascripción la contraparte adquiere conocimiento del contenido, garantizándose así que tenga conocimiento de lo que obra en su contra.

Un problema que se presenta es con la determinación de cuál es el documento original y cuál es la copia. Esto debido a que en la mayoría de los casos el mismo documento puede estar contenido en diversos soportes –*diskette*, Cd's, disco duro, etc., e incluso en papel-. Problema que adquiere mayor dificultad cuando el documentos e encuentra en páginas Web y los correos electrónicos. Sobre este aspecto son varias las soluciones que se han presentado. Uno de ellos es el criterio cronológico, afirmándose que el original es el primero que se ha generado. Esto se determina mediante una auditoría electrónica para identificar el momento, lugar, hora y fecha de emisión y envío de un documento. Otra solución es el criterio de la inalterabilidad, que parte de la idea de que en materia electrónica puede haber más de un original mientras que para calificarlo como tal se debe tener en cuenta su conservación integra.

En Venezuela se sigue este último criterio, cuando la grabación es en soporte informático, acorde con lo estipulado en el artículo 7 LMDFE. Es de observar que se exigen algunos requisitos: a) la conservación íntegra y sin alteraciones desde que se generó, b) la aptitud del mensaje para ser presentado ante terceros, y c) la recuperabilidad del mensaje. De suerte que

sí se reproduce en formato impreso, acorde con el artículo 4 segundo aparte *ejusdem*, tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas. Entendemos que en este caso se refiere a los mensajes de datos que contengan firma electrónica.

Así conforme a la ley, un documento con firma digital se presume válido; uno sin firma, no. Estos documentos seguirán el trámite análogo al documento privado que se establece en el Código de Procedimiento Civil. En la promoción deberá presentarse el soporte informático con la trascripción en papel del documento.

Otras formas de aportación y prueba de su existencia

En materia probatoria lo que se va a probar en última instancia es la existencia o no de los hechos que se han afirmado, de manera que la exigencia de uso de los medios de prueba surge por la necesidad de aportar la prueba de tales hechos. En tal sentido, son diversas las formas de probar la existencia o no, o la ocurrencia o no de los hechos.

Entre las diferentes formas tenemos las siguientes:

1) ***Inspección judicial***: La inspección judicial es una forma de apreciación de los hechos mediante el contacto directo del juez con ellos. Es claro que para este tipo de inspección el juez tiene que acompañarse de un práctico en la materia para acceder a las máquinas o equipos, archivos, etc.

Las normas procesales establecen que las partes pueden solicitar inspección judicial en el proceso o como prueba anticipada, también puede ser ordenada

oficiosamente por el juez. La inspección de medios informáticos puede hacerse bien en los equipos que se hayan señalado, o bien en la red, por ejemplo, la inspección de una página *web* se puede hacer desde cualquier lugar en donde se tenga acceso a *internet*, siempre que se tengan los equipos adecuados. Es más, debemos recordar que puede hacerse una inspección en forma sigilosa de una computadora conectada en la red, sin el conocimiento de su propietario. En todo caso quiero aclarar, que esta afirmación lo hago para demostrar lo que es viable técnicamente. En la práctica si se trata de intervenir la privacidad debe autorizarse debidamente motivada la intervención, dado que se estarían quebrantando derechos protegidos constitucionalmente, y para su allanamiento se requiere orden judicial justificada.

2) ***Experticia o pericial***: La experticia o pericia no aporta hechos al proceso, sino que hace una valoración de los mismos desde el punto de vista de un conocimiento especial. La experticia sobre otros objetos, máquinas o equipos no difiere en nada –en abstracto- de la que se puede realizar sobre los medios informáticos.

Obviamente, los expertos tienen que tener el nivel de conocimientos exigidos para su práctica en medios informáticos. Son diversos aspectos los que se pueden realizar como objeto de la experticia, a manera de ejemplo, se puede pedir la autenticidad del documento electrónico, el momento de emisión, el lugar de emisión, si ha sido abierto o no, descifrado del documento, comprobación de firma electrónica, la existencia de elementos o hechos en el equipo, identificación de entrada y salida de usuarios, identificación reacceso a páginas o sitios, etc.; así como aspectos mecánicos; funcionamiento, capacidad, identificación de partes, originalidad, etc. Lo que si debe tenerse claro en la promoción de la experticia cuáles son los hechos que se quieren

examinar. Es decir, debe haber una identificación clara y precisa de los elementos que se han de someter a peritación.

3) ***Prueba indiciaria*:** en los medios informáticos pueden aparecer hechos indicadores, que podrán probarse mediante prueba directa –documental, testigos, inspección, experticia-, y que nos pueden indicar un hecho desconocido y mediante una operación lógico-racional, develar tal hecho. Hay sentencias en las cuáles se ha acudido al uso del indicio obtenido en los medios informáticos, por ejemplo, en el caso Zündel Vs. Comunidad Judía, en juicio por acusación de discriminación.

Admisibilidad de los medios informáticos como medio de prueba

Para la admisión el juez debe utilizar los mismos criterios que emplea para los medios tradicionales probatorios. Debe observar cuáles son los hechos controvertidos, excluyendo, por supuesto los admitidos por las partes, los hechos notorios, los hechos imposibles, para así poder examinar la pertinencia y la conducencia de los hechos que se pretenden probar con los medios informáticos propuestos.

El juez debe analizar de igual forma lo relacionado con la legalidad de la prueba. Esto es bajo dos vertientes: primero, sobre la regularidad, en el sentido si ha sido propuesta oportunamente y bajo las formas procesales previstas; segundo, en cuanto al obtención de la fuente, lo que tiene que ver con la licitud de la prueba. Pues, si la misma, por ejemplo ha sido obtenida en violación del derecho de privacidad de las comunicaciones y no media orden judicial, la forma de obtención es ilícita y conforme al artículo 49 numeral de la CRBV es nula.

1) **Prueba del registro de una página *web***: La página *web* es una ficción pero que tiene materialidad en la red a través de las formas electrónicas. Así que el registro de una página *web* es fácil de probar cuando se trata de una página nacional. Los nombres de dominio de las páginas *web* deben registrarse ante un organismo, bastaría acudir a ese organismo de registro para obtener la certificación correspondiente que determine quien figura como propietario del dominio. Debe acudirse también a los registros de propiedad intelectual, pues, es posible que contengan programas los medios informáticos que estén registrados como propiedad de la creación.

2) **Prueba de la autoría**: Cuando se trata de vincular a alguien con un hecho que conste en los medios informáticos, bien como autor, cómplice encubridor, pues es viable todo el tipo de prueba, pero en especial la inspección, la experticia y la prueba indiciaria.

3) **Prueba de los contenidos de una página web**: En este aspecto son innumerables los problemas que se pueden presentar y que requiere la concurrencia de diversidad de medios probatorios. Cuando se habla de contenidos se equipara a un hecho, de manera que lo primero que hay que probar es si existe o no. Pero en uno u otro caso, entre los problemas que se presentan es si la que está hoy es lo mismo de ayer, o si eso fue lo que se contrató, o si han ocurrido modificaciones. Es obvio, que deberá probarse con el soporte electrónico, inspección judicial y experticia.

No obstante, quizá lo más difícil es probar la inexistencia. Es posible que en una página *web* aparezca una información o un hecho que puede ser un tipo delictivo y de pronto desaparezca o que sea un hecho no observable como es el caso de una intervención o penetración en el sistema y se hace el daño

y se desaparece. O también, cuando se trata de algún concurso o licitación y que se dice que están las bases del concurso o licitación, se entra en la página y se buscan los enlaces pero no aparecen las bases. En estos casos, además de la inspección judicial con presencia de técnico, deberá promoverse experticia que determine la ausencia de contenido.

4) **Prueba de ataques *on line***: Son innumerables las formas de ataque a los sistemas y de perpetración de delitos mediante el uso del medio informático. Van desde la incorporación de virus, desconfiguración de equipos hasta estafas, apropiaciones, infamias, violación de los derechos de propiedad intelectual. Por lo general, o quizá su característica es que son acciones silenciosas y discretas, que dejan muy pocas huellas humanas o evidencias, e incluso éstas pueden ser manipuladas para indicar e incriminar apersonas ajenas a los hechos.

Dependiendo del ataque o del delito se procesará la investigación. Nótese que una dificultad que se presenta a la hora de recabar rastros es la volatilidad de la información. Agréguese que, por lo general, los afectados borran las evidencias al no saber como manejar la situación. Por ello, tendrá que hacerse uso de los sistemas de seguridad para recabar hechos indicantes que puedan conducir a los autores. A su vez, debe recomendarse a los usuarios que frente a problemas hagan el grabado de inmediato y emplear sistema de seguridad.

Evacuación o práctica de la prueba Medios Informáticos

El modo de llevarse el examen del medio queda en manos del Tribunal conforme lo dispone el artículo 395 CPC, pues podrá seguir el camino propuesto por quien aporta el instrumento o el que él mismo crea

conveniente, por considerarlo más fidedigno o seguro. Por supuesto, el tribunal si decide prescindir del medio de examen propuesto por el promovente y dispone otro diferente deberá motivar su decisión, indicando porque desecha el propuesto y porque acoge el que propone. En todo caso las partes deben conocer su decisión y éstos podrán hacer sus observaciones. Si hay objeciones consideramos que debe abrirse una incidencia.

CAPITULO IV

FORMA EN QUE LAS PRUEBAS LIBRES PODRÁN SER INCORPORADAS AL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

CAPITULO IV

FORMA EN QUE LAS PRUEBAS LIBRES PODRÁN SER INCORPORADAS AL PROCESO CIVIL VENEZOLANO

Como veíamos en capítulos anteriores, no basta que un medio probatorio pueda trasladar los hechos del mundo exterior a un proceso judicial, se requiere que el medio de prueba se encuentre en capacidad de incorporar debidamente los hechos al proceso para que los mismos cumplan con su función primordial de demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos.

El medio de prueba debe, por sí mismo, bastar para que los hechos que trae a juicio cumplan con la tarea de fijar como ciertos dentro de la mente del sentenciador, su existencia y veracidad. Para que esta labor de fijación se cumpla, se requiere que el medio de prueba contenga en sí dos elementos fundamentales, como lo son la identidad y la credibilidad del medio, en relación a los hechos del proceso.

En lo concerniente a las pruebas libres, dada la ausencia de formas procesales legalmente establecidas, al no contener el CPC una regulación expresa de las formas de promoción y evacuación de las mismas, permitiendo la aplicación analógica de formas legales semejantes contempladas en el CC, consideramos pertinente tomar en consideración algunos aspectos para que su promoción pueda considerarse válida en juicio y surtir así todos sus efectos procesales, de este modo podemos observar que las tendencias en la libertad de medios probatorios se inclinan en la siguiente dirección:

1) La Presentación del medio de prueba libre, su anuncio como tal, deberá hacerse de la manera más clara posible, invocando para ello las disposiciones del artículo 395 CPC.

2) Debe atenderse a la historia del hecho: los sujetos involucrados y las condiciones de modo, tiempo y lugar, haciendo las descripciones y detalles que resulten pertinentes dependiendo del medio de prueba libre a promover.

3) De ser necesario en la promoción, apoyarse en medios complementarios o auxiliares, dependiendo del caso. De este modo, el promovente de un medio de prueba libre representativo, esto es, fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.

4) Al promover la prueba libre la parte puede sugerir la forma de evacuación, aplicando analógicamente los medios probatorios típicos previstos en el CC, en el CPC o en otras leyes de la República; lo que resulta altamente recomendable.

5) Si el promovente no indica en forma expresa las normas que deben aplicarse analógicamente o si el Juez considera que no hay semejanza entre la prueba libre y el medio probatorio previsto en el CC, o considera que la semejanza es accidental y que la aplicación analógica de las normas probatorias típicas distorsionarían la esencia y finalidad de las mismas, deberá proceder a fijar la forma de

promoción y evacuación. No es obligación del promovente señalar la forma de evacuación, ni deviene la inadmisibilidad de la prueba si el Juez considera que no es correcta la forma por él sugerida.

6) El juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del CPC, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

7) Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimará dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

8) Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos

controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimará dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.

9) Dejando establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes.

De manera general, estos serían los elementos fundamentales a considerar al momento de promover una prueba libre, sin embargo pasamos de seguidas a hacer precisiones respecto a determinados medios de prueba libres.

Tips para Promover el Fax como medio de prueba

Desde el punto de vista técnico, los documentos recibidos vía fax, no son documentos originales. La palabra fax es una simplificación de facsímil, que significa, reproducción o copia exacta. El CPC en su artículo 429, prevé expresamente la promoción en juicio las copias simples de documentos públicos o de documentos privados reconocidos. La

jurisprudencia se ha pronunciado reiteradas veces contra del uso de copias simples y fax de documentos privados dentro del proceso. Las copias simples de documentos privados y el fax de este tipo de documentos, solo tenían cabida en el proceso por vía de la prueba libre, conforme al artículo 395 Ejusdem, debido a que, si bien el Artículo 429 no las incluye, tampoco las prohibía expresamente. Como ratificación de lo antes expuesto debemos considerar que el artículo 436 del código adjetivo establece el uso de copias simples para promover la prueba de exhibición de documentos.

Sin embargo, se ha producido un novedoso cambio respecto al tratamiento probatorio del fax, en la reforma de la Ley de Comercio Marítimo, en cuyo artículo 7 se establece: *" Sin perjuicio del cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación, que de conformidad con la ley, requieran determinados actos o negocios jurídicos, los mensajes de datos, telex y telefax relacionados con las materias regidas por esta Ley, tendrán la misma eficacia y valor jurídico que la ley otorga a los documentos escritos…".* Este artículo establece también, que la promoción, control, contradicción y evacuación de este tipo de documentos, se realizará conforme a lo previsto en el CPC para las pruebas libres. Es necesario también revisar el texto de esta nueva norma de Derecho Marítimo frente a la normativa vigente del CC en cuyo artículo 1.363 y subsiguientes, se establecen las normas fundamentales que rigen a los Instrumentos Privados. La firma es la protagonista en los documentos privados como signo inequívoco del consentimiento, aunque también se da valor excepcional a los documentos no suscritos, siempre que sean realizados en forma manuscrita por el remitente y se hayan hecho llegar como mensaje al destinatario, conforme a lo establecido en el artículo 1.374 del CC. Estas normas sustantivas y las de promoción,

control y contradicción, serán aplicables al fax como documento escrito. En este sentido:

1) El Fax deberá ser consignado con el libelo de demanda, si es documento fundamental de la demanda.

2) Dada la conducencia este tipo de documentos, los mismos podrán ser objeto de reconocimiento y desconocimiento y podrán ser objeto igualmente de tacha de falsedad como documento privado, en casos de falsificación de firmas, extensión maliciosa de escrituras o por alteraciones materiales capaces de variar el sentido del documento, serán procedentes entonces las incidencias de cotejo, cuando se insista en hacer valer un documento y serán procedentes las promociones de experticias grafotécnicas, sobre diversos puntos de hecho del fax.

3) En relación a las Experticias Grafotécnicas sobre Fax, debemos señalar que desde el punto de vista pericial, se ha venido aceptando la peritación sobre reproducciones de documentos, aunque técnicamente el proceso de verificación es más complejo, pudiendo en algunos casos no ser de certeza los resultados de la experticia. Los verdaderos expertos también tienen la capacidad de pronunciarse sobre diversos aspectos relacionados con el origen o procedencia del fax, tales como marca y modelo del aparato emisor, a través del análisis de las cabeceras o confirmaciones de envío que producen estos aparatos y otros tipos experticias afines.

4) Es importante tomar en consideración, que el contenido y firmas

del fax pueden ir desapareciendo con el tiempo, debido a la mala calidad del papel en el que se imprime. Por otra parte, han de considerar el juez y las partes, si lo promovido como fax, es el producto del envió de un original o de una copia, situaciones estas que pueden generar distintos tipos de control y valoración.

5) También ha de considerarse que las manipulaciones de fotocopias, son posibles, así como es factible el que se forje un documento completo y sea enviado posteriormente por fax, tal como hemos verificado en muchos fraudes bancarios de transferencia de fondos. La promoción del fax como prueba documental debe ir acompañada de la promoción de otros tipos de medios probatorios, como informes, a fin de establecer la comunicación o no entre una línea telefónica (emisor) y la del fax receptor a una hora y por un tiempo determinado, sin descartar otros medios dependiendo del caso.

6) El reconocimiento expreso del fax como prueba documental en el Derecho Marítimo, le abre las puertas a otros procesos, por cuanto ahora se ha convertido en un medio admitido por la ley venezolana, por lo que podría ser promovido y admitido en todos los procesos donde la prueba libre sea procedente.

Tips para promover las Grabaciones Magnetofónicas como medios de pruebas

En primer lugar dentro del término de la promoción de pruebas la parte que quiera demostrar su pretensión por medio de esta prueba deberá:

1) Producirla junto al escrito de promoción, demostrando en el la pertinencia del mismo y la relación con los hechos controvertidos, además de la identidad de la persona implicada en la grabación con los hechos que se le imputan.

2) Señalar la validez de las mismas dentro del proceso en virtud de que su evacuación será realizada bajo la supervisión del juez o de algún otro funcionario.

3) Para algunos autores la parte que invoca esta prueba si es una prueba evacuada antes del proceso deberá ser corroborada por pruebas auxiliares que corroboren la verdad y que permitan el derecho de control y contradicción de la prueba que tiene el demandado, ya sea a través de testigos que hayan participado en dicha grabación que comprueben que lo allí dicho es cierto; en el caso de conversaciones telefónicas donde no hay testigos presenciales de la conversación la mayoría de las veces y la persona a quien se le imputa no la reconoce como suya, es importante comprobar la identidad de la voz, la cual es muy difícil de obtener y debe de ser considerada con todas las especificaciones rigurosas que de lo difícil que es su verificación se desprenden.

Tips para Promover Pruebas de Medios Audiovisuales

A partir de la reforma del CPC de 1987, nuestra legislación dio entrada a todo tipo de tecnología audiovisual como medio probatorio. El artículo 503 del CPC prevé la comprobación de hechos a través de la reproducción cinematográfica. Dentro del término de la promoción de pruebas la parte que quiera demostrar su pretensión por medio de esta

prueba deberá considerar:

1) Las imágenes, filmaciones y grabaciones de sonido son documentos desde el punto de vista jurídico, pero para que tengan validez en los juicios deben cumplir con los requisitos de legalidad, autenticidad y fidelidad, es decir, deben haber sido obtenidas dentro del proceso, bajo la orden del juez y con el control y la contradicción de las partes.

2) De igual forma, estos medios audiovisuales podrán ser considerados documentos públicos administrativos cuando sean obtenidos por órganos públicos en funciones de supervisión, como puede ser el caso de las grabaciones realizadas a las transmisiones de canales de televisión o estaciones de radio con el fin de monitorear el espectro radioeléctrico, o bien para controlar el incumplimiento o infracción de normas de telecomunicaciones.

3) Adicionalmente, otras normas recientemente sancionadas incluyen la posibilidad de hacer uso de este tipo de pruebas. En el artículo 22 de la novísima Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de Financiamientos o pago Electrónico, se establece la autorización del uso del video y la fotografía para registrar las operaciones de los tarjetahabientes, aunque se prevé una limitación para su uso, estableciendo que las informaciones o imágenes registradas estén sólo a disposición del tarjetahabiente y de las autoridades competentes.

4) Por otro lado, en las normas sobre publicidad y propaganda de la campaña electoral para las elecciones regionales de noviembre de

2008, se permite que las denuncias sean acompañadas con copia simple de los soportes o anexos, tales como videos, fotografías, cintas y otros; lo cual da entrada a estos medios de prueba en los procedimientos administrativos.

5) En los casos no previstos en la Ley, podrán ser promovidos como prueba libre, diversos tipos de grabaciones, siempre que no violen normas vigentes, como las previstas en la Ley de Protección a la Privacidad de las Comunicaciones, que impide la admisión de grabaciones telefónicas no autorizadas como prueba.

6) Cuando sea legal, procedente y pertinente la promoción de las grabaciones, deberán promoverse experticias que ilustren el origen, la procedencia y/o la identificación de las personas grabadas en las mismas. Lo anterior podrá realizarse mediante experticias antropológicas, de reconocimiento de voz o de reconocimiento de objeto o construcciones, lo cual podrá ser apoyado por otros medios probatorios, como la prueba de testigos, experimento u otras pruebas libres.

7) En cuanto al derecho a la privacidad y la posibilidad de presentar videos como pruebas libres en juicio, las grabaciones o filmaciones pueden ser medios fundamentales de prueba en casos de acoso, hostigamiento, maltrato físico y psicológico contra las mujeres. Incluso, los videos de seguridad tomados a terceros transeúntes, en principio, no pueden ser objetados por temas de privacidad.

8) Adicionalmente las fechas de las grabaciones, la integridad de las mismas, los análisis de edición y de producción deberán ser objeto

de prueba para controlar procesalmente los casos de montajes o ediciones maliciosas.

9) Por otra parte, en lo referente a los hechos jurídicos grabados y los datos que deben aportarse, lo cierto es que la interpretación de estos hechos puede ser objeto de distintos tipos de experticias, que van más allá de su autenticidad y su integridad. En este sentido, pueden promoverse sobre éstas, análisis físicos, evaluación de características y estado de objetos o personas, movimiento y velocidad, así como obtener otras informaciones que puedan ayudar a establecer datos sobre los hechos registrados que resulten útiles a la decisión del juez.

Por ejemplo, en procedimientos sancionatorios recientemente terminados contra varios medios de comunicación, se promovió una prueba de experticia sobre un comercial de televisión, que presuntamente incitaba a cometer infracciones de tránsito por el uso de un celular dentro de un vehículo en movimiento. En el análisis forense de las dos versiones del video se demostró que el vehículo utilizado en el comercial no estaba en movimiento conforme a los reflejos de luces en el parabrisas del vehículo. En este caso, la sensación de movimiento era producida por el paso de un automóvil en la parte izquierda, en una sola de las nueve tomas de las dos versiones del comercial, Con esto se demostró la buena fe del anunciante y el imprevisto paso del vehículo, quedando eximidos de responsabilidad los canales de televisión.

En definitiva, los sistemas de seguridad actuales, los equipos de telefonía móvil e Internet están apuntando hacia la denominada convergencia tecnológica en la que el video tiene un papel protagónico.

Por otro lado, las cámaras portátiles dejaron de ser exclusivas para labores de inteligencia civil o militar y pasaron a ser del uso del ciudadano común, pudiendo captar a través de estos equipos diversos hechos jurídicos; de modo que las pruebas de video están ya en nuestra legislación y con el apoyo de experticias podemos hacer uso de las mismas.

Tips para Promover Pruebas de Experimentos Científicos mediante el Uso de Sistemas Computarizados

Dentro del término de la promoción de pruebas la parte que quiera demostrar su pretensión por medio de esta prueba deberá indicar:

1) El origen (fecha y lugar) y procedencia (autoría) del medio probatorio da la medida de su nexo con los hechos. Igual sucede con todas las otras reproducciones y registros, ellos por sí solos no denotan relación, ni siquiera indirecta, con los hechos del juicio. El registro de una conversación, de unos sonidos, los datos tomados por una máquina, la reproducción de unas imágenes, en principio, no se identifican con los hechos litigiosos, si no se afirma el factor de conexión con los mismos, cuál es el lugar y tiempo de ocurrencia de los hechos reproducidos o registrados y quién capturó esos hechos.

2) Quien consigna un electrocardiograma, un encefalograma, una endoscopia, una tomografía, o cualquier otro gráfico sobre las funciones de los órganos, necesariamente tiene que alegar la fecha, lugar y procedencia del gráfico, quién es su autor y quién el examinado, para poder así vincularlo con los hechos litigiosos.

Tips para Promover Pruebas Sobre Mensajes De Datos (Correo Electrónico

1) Promueva el mensaje de datos con fundamento en el Artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley Sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

2) Promueva y acompañe un ejemplar impreso del mensaje de datos, con fundamento en el aparte único del Artículo 4 supra referido. Configure el programa de correo electrónico o la interfase Web o programa de visualización de correo, para que exhiba e imprima la meta data.

4) Identifique en la promoción la cuenta de correo del destinatario y la del emisor.

5) Señale en la promoción Horas de envío y recepción y otros datos técnicos como las direcciones IP.

6) Si se copió a terceras personas, señale las demás direcciones de correo, nombres de usuarios de las cuentas, empresas a las que representan.

7) Cite textualmente en la promoción el contenido del mensaje de datos.
8) Si el mensaje de datos tiene archivos anexos (Attachments) señale sus nombres, imprímalos y promuévalos.

9) Promueva y consigne una versión digital del mensaje de datos y sus anexos digitales si fuere el caso.

10) Promueva la prueba de informes a efectos de que se establezca: a) la identidad del Usuario de la cuenta de correo electrónico del emisor y del receptor; b) a quien estaba asignada la dirección IP del emisor del mensaje de datos.

11) Promueva la prueba de Experticia Informática en los computadores del receptor y emisor a efectos de verificar el origen o procedencia del mensaje de datos y solicitando a los expertos verifiquen la integridad de la data que será objeto de experticia.

12) Solicite asesoría de expertos en Informática Forense con experiencia en técnico jurídica en pruebas informáticas.

13) Preconstituya pruebas extrajudiciales a través de Juzgados o Notarias para conservar la evidencia digital, con fundamento Ordinal 15º del Artículo 75 de la Ley de Registro Público y Notariado que establece que las notarias pueden dejar constancia de transacciones que ocurran en medios electrónicos.

Tips para Promover Medios Informáticos

La incorporación de las tecnologías de información a la vida personal cotidiana, procesos administrativos, de gestión y de telecomunicaciones ha marcado la necesidad de incluir a los medios informáticos como elementos de carácter probatorio, toda vez que los mismos pueden constituir fácilmente pruebas de manifestaciones de voluntad, consentimiento u otros hechos de relevancia jurídica. Uno de los grandes problemas con los que nos encontramos al tratar de incorporar estos hechos al proceso, es el pensar que las pruebas informáticas son fácilmente creadas, modificadas o

destruidas y que por ello difícilmente podrían ser utilizadas en un proceso judicial.

En innegable y evidente, que la aparición de la informática marcó el comienzo de la utilización de nuevos modus operandi para comisión de delitos convencionales, a través de las tecnologías de información, lo cual generó la aparición de novedosas legislaciones en los países anglosajones y de habla hispana, tipificando como delitos una gran cantidad de hechos en los cuales intervienen directa o indirectamente los ordenadores o computadoras, tal es el caso del delito de intersección y espionaje de comunicaciones electrónicas, asimilables a los delitos de intervenciones telefónicas y grabaciones ilícitas, delitos de violación de correspondencia electrónica, así como el acceso indebido a información contenida en sistemas informáticos.

A los fines de su promoción como medio de prueba, debemos tener en cuenta los siguientes aspectos:

1) En contraposición a lo que se piensa, es relativamente fácil determinar si una Evidencia Digital ha sido modificada o alterada a través de la comparación con su original o bien con el análisis de sus metadatos.

2) La Evidencia Digital no puede ser destruida fácilmente, tal como piensan los usuarios de ordenadores o computadoras, que creen que con ejecutar un comando de borrado (delete), ya ha desaparecido un documento o archivo objeto del mismo de la máquina. El disco duro de un sistema informático, guarda los datos en sectores creados en el momento del formateo del mismo, lo cual equivale a cuadricular una hoja de papel para insertar números y hacer operaciones

matemáticas. Los sistemas operativos y hardware o parte física de los ordenadores, trabajan en conjunto en la ubicación de los archivos y programas para su visualización o ejecución, siendo los responsables específicos del acceso a los archivos. Lo que hace la ejecución de comando de borrado en la mayoría de los sistemas operativos es una eliminación de los datos de ubicación del archivo en el índice del disco duro sin borrar real y físicamente el archivo en si, por lo que el archivo objeto de la instrucción de borrado puede quedar en el disco duro sin que el usuario este consciente de ello.

3) En principio, todo hecho acaecido en un sistema informático puede ser objeto de experticia y puede promoverse un medio probatorio a los efectos de su incorporación procesal. Los peritos en la materia, utilizan entre otros el método de la reconstrucción relacional, es decir, la ubicación en los ordenadores de los datos vinculados al caso, y de ser posible establecer el tiempo y concatenación de estos hechos a efectos de dar a conocer al sentenciador los elementos básicos de la investigación judicial, como lo son el ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde? y el ¿por qué?.

4) Una de las posibilidades, que parece en principio no viable a los ojos de los usuarios informáticos convencionales, es el que se pueden obtener resultados periciales, en los cuales se establezca el origen o procedencia de los mensajes de datos (correo electrónico), los anexos o archivos adjuntos que se envían con los mensajes de datos, pudiendo el experto determinar no solamente el país y/o ciudad de origen, sino que es posible también determinar e individualizar, entre varias máquinas de una misma marca, un mismo modelo, en cuál ha sido producido un archivo determinado.

5) Otros hechos acaecidos en el denominado espacio virtual o Internet, son de diversa naturaleza, pero es allí donde ocurren la mayoría de los nuevos delitos de violación de derechos de autor y contra la propiedad industrial más comunes. A través de la pericia informática es posible el rastreo y determinación de la propiedad, administración, y datos de contactos relacionados con un dominio en Internet y/o servidores de almacenamiento, así como la fecha de creación y modificaciones realizadas en página Web para establecer responsabilidades. Debemos considerar dentro del ámbito de la Informática Forense, el análisis de los datos almacenados en todo tipo de artefactos electrónicos tales como: teléfonos móviles o celulares, agendas personales, grabadoras digitales, dispositivos de almacenamiento, cámaras, discos compactos en todas sus variedades, memorias no volátiles e inclusive fax.

6) La Evidencia Digital puede ser procesada conforme a los criterios de colección y manejo de evidencia que se manejan generalmente en Criminalística, por lo que el proceso se puede resumir en varias fases: Reconocimiento, Clasificación, Individualización y Reconstrucción.

7) El perito o práctico en materia civil y afines, debe ser muy cauteloso en el ejercicio de sus funciones, regidas por el principio dispositivo, por cuanto la extralimitación en el encargo pericial puede traducirse fácilmente en un delito electrónico.

Tips para Promover Pruebas relacionadas con Teléfonos Celulares o Móviles

Las transmisiones de voz de celulares son análogas a las trasmisiones

telefónicas vía cable y sabemos que no pueden grabarse y utilizarse como prueba por ser ilícitas las grabaciones de comunicaciones entre terceros (Ley de Protección a las Telecomunicaciones).

Pero no es ilícito que los suscriptores de los celulares graben sus propias conversaciones con terceras personas, por lo que las nuevas funciones de grabación de voz de muchos celulares o los mensajes guardados en una casilla de correo de voz podrían ser utilizadas en juicio. Conforme a la tecnología actual todo el sistema de telefonía celular tiende a ser digitalizados por los que es aplicable la validez de la evidencia digital que se encuentre en estos sistemas conforme a la LMDFE.

Respecto a los mensajes de texto, debemos señalar que los mismos se encuadran perfectamente en dentro del concepto legal de mensajes de datos establecido en la LMDFE, por lo que podrían ser incorporados al proceso por uno o varios medios de prueba típicos o por vía de prueba libre y valorados conforme a la Sana Critica conforme a esta misma ley.

Dentro del término de la promoción de pruebas la parte que quiera demostrar su pretensión por medio de esta prueba deberá considerar:

1) Solicite una inspección ocular extrajudicial sobre el teléfono móvil, a efectos de dejar constancia de mensajes de texto, grabaciones de audio, mensajes de voz y documentos digitales, a través de solicitud dirigida a un tribunal o notaria pública, solicitando la designación de prácticos expertos en Informática Forense, para un correcto manejo de la evidencia digital.

2) Preserve el teléfono celular como evidencia para la ratificación de la

inspección dentro de juicio.

3) Promueva en juicio experticia Informática sobre el teléfono celular a efectos de establecer los hechos jurídicos de interés, tales como listado de llamadas entrantes y/o salientes, contenido de datos, de creación, envío y recepción de archivos digitales, y la determinación del origen o procedencia de mensajes de texto y cualquier otro tipo de mensaje digital o registro que se encentre en el móvil.

4) Promueva prueba de informes solicitando a la o las empresas de servicios de telefonía celular sobre:

    4.1) la titularidad de las líneas de teléfonos celulares involucrados, la identificación de sus usuarios particulares en los casos de cuentas corporativas;
    4.2) las bitácoras o listados de llamadas entrantes y salientes entre los números involucrados a efectos de probar la comunicación entre dos teléfonos el día, fecha y hora;
    4.3) información sobre la marca. modelo y seriales físicos y electrónicos del teléfono móvil;
    4.4) fechas de activación y desactivación de teléfonos en caso de cambios de equipos si fuere pertinente.

CAPÍTULO V

CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES APORTADAS AL PROCESO POR LAS PARTES

CAPÍTULO V

CONTRADICCIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES APORTADAS AL PROCESO POR LAS PARTES

Los medios de pruebas libres deben ser promovidos en el término legal establecido. El Juez para su evacuación estará facultado para aplicar formas análogas de medios semejantes, o para crear formas si el medio tiene una conexión lejana o carece de ella, con las pruebas tradicionales del CC.

El principio de contradicción de la prueba, consiste en la oportunidad que deben tener las partes para cuestionar las pruebas que pretenda hacer valer la contraparte en el juicio, la contradicción de la prueba tiene dos facetas, una pasiva que es la oposición, cuya finalidad es que el medio no ingrese al proceso, y una activa, la impugnación, cuya finalidad es quitarle la eficacia probatoria a la prueba que ya ha sido incorporada al expediente.

La contradicción de la prueba es una institución de orden publica, ya que emana de una garantía constitucional, entonces en todo proceso, necesariamente tiene que existir la posibilidad de contradicción de la prueba.

El Juez no va ab initio –antes de la impugnación- a señalar formas análogas o creadas por él para la contradicción, ya que tal proceder no tiene lógica si tomamos en cuenta que ésta sólo procede a instancia de parte, en consecuencia, el Juez debe esperar que surja la impugnación ante el medio libre, para regularla según su criterio; y si tenemos en cuenta que es el auto de admisión de pruebas el que debe contener las fórmulas judiciales para la evacuación, por una necesidad del desarrollo ordenado del proceso, la

impugnación de la prueba libre debe interponerse antes del auto de admisión, a menos que se trate de la impugnación postergada que atienda a la necesidad derivada de la esencia de algunos medios.

Antes del auto de admisión las partes sólo tienen una oportunidad posible de atacar la probanza promovida por su contrario: el término de oposición, el cual a pesar de que no contempló la impugnación, es el lapso idóneo para ello, por ser un plazo que corre entre la publicación de las pruebas y la admisión de las mismas, y que ha sido creado para una actividad de desarrollo del derecho a la defensa.

Ahora es cuando hay necesidad de utilizar al máximo el derecho a la defensa en toda su extensión, ante un proceso con medios libres (algunos inimaginables), los cuales pueden alterar –conforme a su uso- el derecho a la defensa y la igualdad procesal (art. 15 CPC). Por algo el CPC insistió en que el Juez garantizara la defensa de los litigantes. Aquellos medios libres que por cualquier causa, el no promovente desee impugnarlos, debe atacarlos durante ese lapso, de manera que el auto de admisión contenga las formas de sustanciación e instrucción de la impugnación.

Con los medios de pruebas libres, independientemente de la carga del promovente de demostrar en ciertos medios la identidad y la credibilidad, puede nacer para el no promovente la necesidad de impugnarlos, ya que si se prueba la identidad y la credibilidad, de todas maneras habrá un sector del medio que arroje una falsedad, y que de no ser rebatida quedará firme, y en este sentido ha señalado Cabrera Romero (1989, p. 414 y sig.), que con ellos, pueden acontecer siete situaciones:

1) Si se trata de Documentos en sentido genérico, no prueba documental,

tales como impresos, teleimpresos, estados de cuenta, etc., los cuales no llenan los caracteres que exige el CC para la prueba documental (firmas de puño y letra de los otorgantes, valor probatorio erga omnes, etc), pero que pueden ser atribuidos directamente a una parte. También se trata de instrumentos escritos, que además de poder ser atribuidos a alguien, su contenido va a demostrar hechos muy distintos a los de la prueba documental, tales como publicidad, notoriedad u otras actividades tuteladas por la ley. En estos documentos podemos distinguir objeto, contenido y acto de documentación.

2) Medios de naturaleza discutible dentro del género documentos, que son meramente representativos, o la mera representación va unida a un escrito que explica en todo o en parte las circunstancias sobre su procedencia y origen. Sin embargo son medios que al igual que los documentos, de una vez incorporan el contenido al proceso como es el caso de las fotografías. A los tipos de medio que incorporan su contenido de inmediato al proceso son comúnmente llamadas pruebas que no requieren evacuación.

3) Medios meramente representativos cuyo contenido no es conocido inmediatamente de su promoción por el Juez y el no promovente. Se hace necesario un acto procesal subsiguiente para que se revele ese contenido. Este es el caso de las películas de cine, de las grabaciones en cinta, cassetes, videos u otros objetos semejantes; y esta característica los aleja más que los anteriores del género de documentos.

La colocación dentro del género documentos, o como pruebas semejantes, es importante, ya que a ellos será aplicable sin discusión, el procedimiento de exhibición contemplado en los arts. 436 y 437 CPC, para la prueba instrumental; por ser la exhibición un procedimiento de tipo general que

corresponde a la acción ad exhibendum, aplicable a cualquier clase de cosas y no circunscrito a los documentos, a pesar de que el CPC sólo se refiere a ellos en relación al procedimiento. De allí que los arts. 436 y 437 CPC se apliquen a películas, fotos, videos, etc., y que por tanto, las empresas de televisión, noticiosas, cinematográficas y semejantes, tienen el deber de aportar al proceso los medios meramente representativos que posean como terceros, y la carga de consignarlos en autos, si actúan como partes.

4) Medios que sólo se anuncian en el escrito de promoción y que luego en la etapa de evacuación se incorporan al proceso o se constituyen dentro de él. Esto sucede no sólo con medios libres (experimentos judiciales o encuestas de opinión, por ejemplo), sino con algunos previstos en el CPC que carecen de normas sobre su sustanciación, tales como las reproducciones del artículo 502, la reconstrucción de hechos del artículo 503, la pericia experimental del artículo 504 y los informes del art. 433. De igual condición son los medios tradicionales que se forman dentro del lapso de evacuación.

5) Medios que no son meramente representativos, los cuales contienen informaciones escritas que se incorporan de una vez al proceso con motivo de su promoción, con o sin gráficos o imágenes adheridas, pero que han sido confeccionados por máquinas electrónicas, mecánicas o de otros tipos, programadas para imprimir por escrito los hechos que son el objeto de operación, tal es el caso de las computadoras, por lo que su autoría –en principio- tiene que ser atribuida a una máquina.

6) Gráficos u otros diseños semejantes, emanados de máquinas, los cuales se incorporan de una vez al proceso, pero que requieren de una explicación experta para ser entendidos, tales como la tomografía, endoscopias, electrocardiogramas, electroencefalogramas, etc., y cuya autoría también se

atribuye a un aparato.

7) Cosas, escritas o no, anexables a los autos, cierran esta enumeración tentativa y enunciativa de situaciones.

Este cúmulo de medios libres, excepto los tradicionales del punto 4) generan dos clases de impugnaciones si se quiere eliminar su apariencia, que de mantenerse, arrojará como ciertos hechos que no lo son. Con los medios que al promoverlos incorporan de una vez su contenido al proceso, hay que hacer una distinción si son o no escritos. Con los medios que se consignan en el proceso su contenido en el lapso de evacuación, hay que tomar en cuenta si se trata o no de meras representaciones.

a) Con los medios libres escritos, que incorporan de una vez su contenido a los autos y que conforman el grupo No. 1) de la enumeración anterior, pueden acontecer a su vez dos situaciones: que sean auténticos debido a una presunción legal (por aplicación de la LSDA, por ejemplo, a una obra de ingenio, como un libro, artículo periodístico, etc.), o a la intervención de un funcionario público capaz legalmente de identificar al autor; o que no lo sean.

   Dentro de la última forma de autenticidad, debemos a la vez separar la intervención de un funcionario que merece fe pública de aquel que no la merece. Se trata de documentos en sentido general, que pueden ser o no auténticos. Si lo son, ¿en cuál oportunidad se impugna su autenticidad?. En principio, podría pensarse que en la misma en que tiene lugar la impugnación de la prueba libre, pero el Juez tiene el deber de aplicar la analogía y a pesar de que no se trata de la tacha de falsedad instrumental a la manera de la prevista en el CC y en el CPC,

sin embargo, se trata de documentos escritos que tienen un contenido y un acto de documentación, y por ello, los mismos términos de la impugnación de la prueba documental (escrita) deben correr en relación a estos, que a pesar de no ser pruebas documentales en el sentido del CC, sin embargo, tienen semejanza con ellas y además son escritos.

La similitud y la escritura, a nuestro entender, conducen a que por analogía, se apliquen a estos instrumentos con carácter preclusivo los lapsos de impugnación de la prueba por escrito de carácter público o privado. Por lo tanto, si dichos instrumentos se asimilan a los privados y se acompañan al libelo, deberán ser impugnados en la contestación al fondo de la demanda, y si lo hicieren después, en el término de promoción, en el quinto día siguiente a su publicación en autos, o dentro de los 5 días después del término para contestar la demanda si siendo auténticos se acompañan a esta conforme al art. 429 CPC.

Como en materia de Pruebas Libres el Juez está facultado para señalar las formas para la sustanciación de los medios, bien por aplicación analógica o por criterio propio, lo que involucra las formas de la impugnación como un incidente de la evacuación, en estos casos, si ella acaece, el Juez sin plantearse los problemas en relación a la tacha de falsedad instrumental y las otras falsedades de la prueba documental, podrá a su arbitrio, ordenar que se apliquen analógicamente para la instrucción de la impugnación, tanto del contenido como del acto de documentación y de acuerdo a la parte del documento que se cuestione (cuyos lapsos de interposición serían iguales a los de la tacha instrumental), las formas del proceso de tacha de falsedad instrumental o las de las incidencias por una necesidad del procedimiento, del artículo 607 CPC; y a medida que el medio escrito tenga menos

semejanza con la prueba documental, como sucede en el sector de periódicos no oficiales y otros impresos (libros, revistas), el Juez tendrá mayor libertad para crear las formas de la sustanciación, pudiendo también, aplicar por analogía, la otra fórmula procesal del CPC para las impugnaciones, siendo tal vez la mas equilibrada de todas la tacha del testigo, la cual permite que, conjuntamente se promuevan y evacuen las pruebas y contrapruebas de la impugnación durante el resto del término de la evacuación de las pruebas.

Como vemos en materia de impugnación de la prueba siempre existen las disposiciones análogas que debe aplicar el Juez (el artículo 395 CPC), si se ataca a la prueba libre, normas que rigen las dos impugnaciones del CPC (tacha de falsedad instrumental y la de testigos), y a falta de aplicabilidad de ellas, las disposiciones del artículo 607 CPC. Por lo tanto, la libertad de creación judicial se ve frenada, ya que el CPC para las impugnaciones trae normas especiales, adaptables a dos medios de prueba del CC y a ellos se remite el artículo 395 al ordenar la analogía que debe gobernar la prueba libre. Pensamos, que por aplicación del artículo 4 CC, las normas análogas aplicables no son sólo las de este Código y por ello ante la necesidad del procedimiento, por ser el medio disímil o con parentesco lejano con los del CC, el Juez podrá acudir –también- al artículo 607 CPC, sin poder crear discrecionalmente nada nuevo en cuanto a la sustanciación de la impugnación. Cualquier falsedad, tipificada o no en los artículos 1380 o 1381 CC, sería objeto de esta impugnación.

b) Con el resto de los medios que de una vez incorporan su contenido al proceso y que no nos escritos, tales como fotos, dibujos, croquis, otros de naturaleza meramente representativos, contemplados en el punto 2)

de la presente enumeración, la impugnación será con carácter preclusivo, ya que no hay otra oportunidad para ello y el auto de admisión debe regularla, debe interponerse dentro de los 3 días del término de oposición, y en su sustanciación, deben aplicarse las normas relativas a la tacha de testigos, la cual es la mas celera, económica y equilibrada por su duración de todas las formas de impugnación.

La libertad de medios permite que se consignen como pruebas cosas escritas que puedan ser anexadas en autos, como cajas, tapas, etc., las cuales difieren del género documental por una razón simple, ellas no pueden ser reproducidas mediante copias certificadas, ya que lo importante en ellas no es lo escrito, sino la forma plástica combinada con lo escrito o con símbolos o colores. Opinamos que ellas son de la misma condición que los documentos meramente representativos de evacuación inmediata, mas no de su misma naturaleza, y que su impugnación funciona igual que la de éstos.

En síntesis, todas las impugnaciones de los medios libres meramente representativos (no escritos) que conforman los supuestos enunciados en los puntos 2) y 7) así sean escritos estos últimos, cuya característica es que al promoverse muestren su contenido, deben ser interpuestas en los tres días destinados por el CPC para la oposición; y su sustanciación, de ser admitida la impugnación en el auto de admisión, debe regularse conforme a las normas sobre la tacha de testigos, ya que en el fondo, a nivel de impugnaciones, entre todos estos medios libres, no parecen existir distinciones fundamentales que ameriten un trato distinto en esta materia.

Cuando lo impugnable es el escrito que se acompaña –o viene

incorporado- al medio meramente representativo, atinente a su autenticidad aparente, o que encubre una falsa situación, la aplicación de las “reglas” sobre la prueba libre escrita en sentido general supra referidas, parecen ser las convenientes. Pero cuando lo alterado es lo escrito sobre una cosa (como un todo) y entonces no creemos que deba instruirse esta impugnación de una manera igual a la de la prueba por escrito, sino por las reglas de la impugnación de las cosas.

Las cosas por sus espacialísima consideración, así sean auténticas, no gozan de la analogía con la prueba instrumental y que el término para impugnarlas será el de la oposición a la prueba, o el de tres días después de la evacuación, cuando se trate de la impugnación postergada, una vez que se incorpora el objeto a los autos.

La causa de impugnación por falsedad de las pruebas libres, no son sólo las contempladas en la Ley que les fuere aplicable, sino cualquier hecho (tipificado o no) que altere o encubra la verdad de la totalidad o de los elementos del medio.

Impugnación de medios libres que no incorporan de inmediato su objeto a los autos

Los medios libres (sean o no meramente representativos) que no puedan incorporar su contenido conjuntamente con su promoción necesariamente tienen que recibir un trato distinto en cuanto a su evacuación, el cual se refleja sobre su impugnación.

Los medios meramente representativos, como diapositivas, videos, películas, grabaciones y otros similares, a pesar de que al promoverlos hay que indicar

sobre qué versan, a fin de que pueda juzgarse su pertinencia, tienen que mostrar su contenido, y para ello será necesario un acto de proyección o reproducción. Este tipo de medios, necesariamente deben ser proyectados o reproducidos en un acto procesal a tales efectos, donde la contraparte del promovente pueda conocer las imágenes o los sonidos; y después de este acto, el cual permite al no promovente, saber con exactitud que trasladaba el medio promovido, será cuando él –con claridad- pueda entender de lo que se trata y si desea cuestionarlo por falso o inauténtico, para lo que podrá utilizar la impugnación. De allí que la contradicción activa en este tipo de medios, es posterior a su recepción, y en vista de esto, el Juez al señalar a su discreción la forma de evacuación, deberá tener en cuenta no sólo el acto de proyección o reproducción sino la posibilidad de impugnación, siendo lo ideal que señale término para que ella se incoe, a pesar de que aún no existe.

Lo normal sería que la impugnación tenga un plazo para ejercerse, tal como ocurre con las impugnaciones legales (tacha de documentos privados y tacha de documentos de testigos). Ese plazo al no estar expresamente establecido en el CPC para las pruebas libres, se confunde con el de oposición. Nos parece que el Juez dentro de las formas de evacuación debe señalar un plazo para la eventual impugnación. En consecuencia, al crear las formas para la evacuación de estos medios libres, debe señalar un término o día para la incorporación efectiva del contenido del medio y además –como tutor del derecho a la defensa conforme al artículo 15 CPC- deberá indicar los términos para la impugnación. Si no lo hace, el auto de admisión estará viciado por ilegal (en contravención de los artículos 15 CPC y 49 CN).

Una vez que surge la impugnación, en el término judicial designado, la misma debe sustanciarse por las normas sobre el procedimiento de la tacha del testigo. Con muchos de estos medios, como sucede con las grabaciones,

la impugnación puede conducir a la promoción de una pericia, para que los expertos usando un espectrógrafo de la voz, determinen si la voz grabada pertenece o no al impugnante. Pero para ello, será necesario que éste presente una muestra indubitada de su voz, para que pueda realizarse el cotejo. Esta muestra, a la cual se exigen condiciones técnicas, podría no ser recogida de inmediato, lo que demuestra la necesidad de un término para todas estas operaciones, lo que incluye la posibilidad de repetir la confección de la muestra. Con medios similares también estará presente la misma problemática.

Podría ocurrir que la impugnación a estos medios probatorios meramente representativos pudiera surgir en el término de oposición, si la causa de la contradicción activa no tiene nada que ver con lo que arrojará la proyección o reproducción, sino sobre aspectos del medio. En este supuesto, la impugnación no interpuesta en esa oportunidad por esos motivos ajenos al resultado del acto de proyección o reproducción, y que existían antes del auto de admisión, no podrán hacerse luego.

Quien promueve el medio que requiere proyección, lo hace en el término de promoción, y allí debe indicar cuál es el contenido del mismo (objeto de la prueba), de manera que su contraparte pueda aceptar o negar los hechos que se pretenden probar con estos medios. Si el no promovente contradice los hechos, con la afirmación que cursa en el escrito de promoción, sobre cual es el objeto de la prueba, el Juez podrá juzgar su pertinencia. Si practicada la prueba, resulta impertinente, el sentenciador la desechará en el fallo definitivo, y si versa sobre hechos incongruentes con el objeto que se le asignó en la promoción, estaremos ante una prueba no promovida que tampoco podrá ser apreciada. Por lo tanto, la proyección o reproducción no es necesaria, ni decisiva, para la posible oposición por impertinencia.

Tampoco lo será para fundamentar una oposición por ilegalidad, ya que con lo que se mencionó al promoverse la prueba, se conoce –dentro del terreno en que se mueve la oposición por ilegalidad- si ella, con lo que hay en autos, es o no legal.

Con relación a los otros medios de pruebas libres, tales como los escritos o las simples representaciones producidas por máquinas (puntos 5) y 6) de las 7 situaciones enumeradas anteriormente), la procedencia de la impugnación no está condicionada a un acto de proyección o reproducción en la evacuación, y por lo tanto, actuará como la impugnación ordinaria de los medios de prueba libres, se interpondrá dentro del término de oposición y creemos que se sustanciará por las normas del procedimiento de tacha de testigos, debido a que no estamos ante pruebas documentales ni ante medios escritos que emanan directamente del hombre y que los hagan semejantes a la prueba documental, por lo que aplicar por analogía las normas del procedimiento de tacha instrumental, con diferentes etapas proyectadas inicialmente a proteger la fe pública, o las del artículo 607 CPC con un mini lapso probatorio, no parece tener asidero en una materia donde aparentemente un término medio para promover y evacuar pruebas, luce el conveniente. De nuevo pensamos que la laguna legal se llena aplicando el criterio según el cual se permite al Juez, a su arbitrio, escoger el camino legal más cónsono de acuerdo a la naturaleza del caso.

Se plantea la existencia un problema fundamental del modo probatorio de las grabaciones por su propia fundamentación jurídico en relación a su promoción, su admisión y su realización. En doctrina se presenta una controversia en cuanto la licitud o no de estas pruebas, ya que en un primer plano estas deben de ser constitucionales en el sentido de que algunos autores creen que con estas clases de pruebas se violan los derechos de la

ciudadanía y se atenta contra su dignidad por lo cual lo consideran ilícitos y procesalmente inaceptables. Pero en virtud de que no hay norma que prohíba este tipo de prueba debe de ser admitida siempre y cuando en su desarrollo como medio probatorio para el conocimiento de la verdad, no se viole la intimidad del hogar, ni los derechos inherentes de la persona, ni las reservas legales que hayan reconocido a la cuestión grabada, ejemplo de estas reservas pueden ser; que los datos manejados en la grabación consten de reserva legal por la importancia de su contenido o estén bajo la figura de un secreto profesional.

Según Devis Echandía cumpliendo con lo anteriormente propuesto esta pruebas deberían de asimiladas a la confesión extrajudicial en documento no autentico para su validez.

Hay que recordar que la licitud de la prueba además del cumplimiento con el requisito de respeto a las garantías constitucionales también va a depender de cómo sea promovida por la parte y de si esta va a ser hecha dentro del proceso o va a ser traída al proceso ya realizada por la parte promovente.

Devis Echandía ha señalado que *"La simple comparación de voces, por apreciación auditiva, nada demuestra, porque puede haberlas muy similares, es muy fácil imitar las voces de otras personas y no siempre la misma utiliza igual tono y acento: la voz cambia por afecciones bronquiales o de la laringe y es fácil desfigurarla. La comparación de espectrogramas de la voz no brinda tampoco ninguna garantía, aún cuando se utilice la misma palabra tomada de la grabación y de la persona a quien se imputa."*

Aunque existen innumerables aparatos científicos modernos que puedan demostrar la identidad de voces hay algunos que no son todavía muy

confiables por lo que en este caso para poder constituirse como medio de prueba fehaciente del hecho controvertido es menester la certificación de verdaderos peritos en la materia, expertos que certifiquen sin vacilación ni duda la identidad de voces por aparatos sofisticados verdaderamente científicos que saquen de dudas al juez y este pueda considerar dicho medio en la definitiva. De no se así, si de esas experticias no se deriva una firmeza y seguridad ni siquiera se tomará en cuenta como indicio.

Los medios de este tipo de prueba necesitan de reproducciones posteriores en juicio y además como ya se explico de pruebas alternas que corroboren para su control y contradicción por la parte demandada o imputada, La parte demandada puede desvirtuar dicha imputación alegando que en ese momento estaba ebrio, estaba haciendo bromas o estaba afectado mentalmente ó estaba siendo coaccionado, invirtiendo así la carga de la prueba de la verificación de la certeza de ese hecho. Conforme el CPC Colombiano, una vez invocada esta prueba; si la parte la rechaza tiene que demostrar y se abre el proceso para probar la autenticidad, como cualquier otro documento.

Ahora si se comprueba la identidad de voces a través de estudios aunados a otros indicios plenamente probados y no dejen la menor duda de que esa conversación sucedió y lo que se dijo es cierto se tendrá entonces como una confesión extrajudicial autentica.

Es importante recalcar que el verdadero problema está en como el Juez y las partes van a ejercer el control para la validez del contenido probatorio y así poder admitir las pruebas dada la complejidad del asunto. La ley señala que los motivos para no admitir las pruebas son la impertinencia de las pruebas y la ilegalidad. Por su parte Gramcko ha señalado *"Yo le agregaría un tercer*

requisito que es la posibilidad de que esa prueba sea idónea para demostrar lo que se pretende". Y explica:

" La impertinencia: Una prueba impertinente es la que no guarda ninguna relación con lo que se esta hablando. Todo proceso tiene un objeto. Ejemplo: Juicio de Inquisición de paternidad, sería una prueba impertinente que promoviera los testimoniales de unos señores para demostrar que el demandado es el inquilino de un apartamento.

La ilegalidad: Son Pruebas que no están permitidas dentro de la ley. Ejemplo: La tortura. Ejemplo 2: Que promoviera una conversación grabada entre el medico psiquiatra y una de las partes, ya que eso va en contravención con el secreto profesional…"

A raíz de los innumerables aportes que han hecho al derecho probatorio latinoamericano los jurisperitos Jesús Eduardo Cabrera, Román Duque Corredor, Jairo Parra Quijano, entre otros- se determinó que el control de este medio probatorio, se efectuaría cuando la prueba se realice, ya que la misma debe ser escuchada por las partes y el juez, de allí que cualquiera de ellas puede en virtud de esa audiencia especial -para oír el contenido de la grabación- hacer las observaciones que a bien tengan y de ese modo impugnar y desconocer su contenido a través de una tacha de falsedad, cuando se consideré que la prueba ha sufrido alguna alteración.

Este reconocimiento a la intimidad, debe instrumentarse a partir de la tipificación de las acciones que signifiquen una intrusión clandestina en las comunicaciones privadas, sean los actos de revelación o divulgación, referidos a los datos obtenidos en el espionaje telefónico. Así las cosas, mediante la intromisión en las conversaciones telefónicas del imputado, con

el objeto de obtener información de interés para la comprobación de un hecho delictivo, los investigadores necesariamente se verán compelidos a transgredir los de por sí difusos límites que la diligencia supone, ello ante la imposibilidad de determinar a priori cuáles comunicaciones resultarán útiles para los fines del proceso para evitar así que de manera constante se escuchen y graben los diálogos privados del imputado -y lo que es peor aún, de familiares o terceros extraños al proceso penal- que no tienen ningún vínculo con el objeto de análisis, exentos a la autoridad de los magistrados.

La primera cuestión debiera ser entonces dilucidar qué conversaciones requieren de una orden jurisdiccional para ser captadas por el Estado, o dicho en otras palabras, qué nota característica permite entender como privado a un diálogo determinado.

En otras palabras, el secreto de las comunicaciones no puede ser develado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos, o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional.

Se exige entonces la existencia de un proceso penal preexistente a la diligencia en análisis, la concreta imputación de un delito a una persona determinada y un suficiente grado de sospecha de que aquel que será sometido a la intervención, ha participado en un acto ilegal. Asimismo, es necesario indicar que los jueces deben inexorablemente que valorar como hemos recalcado que si las conversaciones han sido obtenidas ilícitamente no pueden ser medio de prueba en juicio de ninguna especie, es que así como al Estado se le exige un mínimo de ética, que impide hacer justicia a cualquier precio.

El Telefax como medio de prueba aducible en juicio, también debe ser objeto de contradicción por parte del no promovente, como se trata de una prueba libre de la naturaleza del genero documentos, debe entonces promoverse y evacuarse aplicándose por analogía las disposiciones relativas a la prueba documental, de acuerdo con el articulo 395 del CPC, el hecho de que la prueba documental se promueva y evacue coetáneamente y que la finalidad de la oposición sea el medio no ingrese al expediente, ha hecho que surjan dudas respecto a la oposición contra el medio documental, pero el artículo 397 eiusdem prevé la oposición para las pruebas en general y apreciamos que para hacer excepción con respecto a los documentos que pueden ser ilegales, o impertinentes, mas aun cuando el auto de admisión se refiere a todas las pruebas, siendo el telefax un medio libre de la naturaleza del genero documentos, entonces la oposición será en la misma oportunidad que para la prueba documental, es decir, podrá realizarse desde la contestación de la demanda en caso de que el telefax haya sido como instrumento fundamental como sucede cuando el fax se utiliza como instrumento de la carta de crédito, hasta el termino de oposición inclusive, este espacio es de tres días y comienza al día siguiente del lapso de promoción de pruebas, dentro de este lapso podrán las partes señalar los hechos en los que convienen y así excluirlos del debate probatorio e igualmente dentro de los tres (3) días podrán oponerse a la admisión de las pruebas promovidas, la oposición se resolverá en el fallo definitivo si he ha promovido antes de promoción, bien con el libelo o en la contestación. La Oposición a todo medio de prueba debe ser por razones de impertinencia o de ilegalidad, el telefax como medio de prueba puede ser impertinente por diversas razones, entre ellas: a) Carece de objeto; b) Por incongruente; c) Inútil; d) Ininteligible, etcétera. El Telefax también puede ser objeto de oposición cuando su promoción se violan disposiciones legales, las causales de ilegalidad en que puede incurrirse al promover el telefax son : La extemporaneidad, por ser

promovido fuera del lapso previsto en la ley para los documentos privados; b) Por indisponibilidad del medio, esto sucede cuando se promueve un telefax cursado entre terceros que no son causantes o mandatarios de alguna de las partes y por violación a las garantías Constitucionales, relativas a la intimidad privacidad de la correspondencia.

La impugnación, es una forma activa de contradicción a los medios de prueba, su finalidad es quitarle la apariencia de legalidad o pertinencia al medio que ha ingresado en el proceso, es un ataque donde hay que alegar los hechos constitutitos de la falsedad, la ilegitimidad o la infidelidad y además probarlos en el juicio, la impugnación es una institución emanada de defensa, siendo el telefax de la naturaleza del genero documental, deben aplicársele por analogía las normas de impugnación que rigen a la prueba documental siempre que no se limite la posibilidad de impugnación del medio ya que este muchas veces no podrá ser atacado por las mismas causas de la prueba documental. El Telefax puede ser impugnado mediante desconocimiento por la parte a quien se le opone, evitando así el no promovente que el telefax no autentico adquiera autenticidad, este medio de impugnación es aplicable al telefax suscrito o manuscrito, en virtud de contener en su cuerpo elementos que permiten atribuir la autoría a alguien, el Telefax también puede adquirir autenticidad por la aplicación de la presunción de la responsabilidad del guardián de la cosa como principio general del derecho, esta presunción entraría a funcionar cuando el telefax se identifica con una maquina en particular y se atribuye la autoría del mensaje al propietario de la maquina y esta autenticidad que se adquirió puede atacarse impidiendo que se forme la presunción, lo cual se logra si el promovente prueba que la maquina fue utilizada sin su consentimiento o que hubo una alteración en el numero telefónico con que se identifica su maquina cuando realiza teletransmisiones.

En este sentido, el telefax puede impugnarse a través del procedimiento de la tacha instrumental, ya que si este es firmado puede caer dentro de la causal primera del artículo 1.381 CC que prevé la tacha de instrumento privado por falsificación de firma. Igualmente el telefax puede ser impugnado por ilegitimidad, ya que es posible que el fascimil aparentemente legal haya sido obtenido en violación de las disposiciones legales, de derechos individuales o de garantías constitucionales, como sucede en el caso de que se haya interceptado la teletransmisión, se decodifique el mensaje y se obtenga una copia idéntica a la que se obtendría en el telefax receptor, violando así el precepto constitucional que establece la inviolabilidad de la correspondencia, o cuando se promueven cartas misivas por telefax, violando los requisitos previstos en el CC, como es que se publique las cartas misivas de carácter confidencial sin el consentimiento autentico del remitente y el destinatario, o que este consentimiento resulte falso.

Por las características técnicas del telefax no es posible realizar alteraciones al mensaje que se recibe, por lo cual el telefax no podrá ser objeto de tacha por las causales previstas en los ordinales segundo y tercero del articulo 1.381 CC, pero el telefax puede ser prefabricado y en este caso el no promovente tendrá que alegar y probar que fascimil no fue transmitido por su telefax, pero esta impugnación a pesar de tratarse de una falsedad no podrá subsumirse dentro del procedimiento de tacha de falsedad instrumental contemplada dentro de las causales taxativas de la tacha.

Siguiendo con la aplicación analógica de las disposiciones legales que rigen la promoción y evacuación de los medios legales a los medios libres, pensamos que las oportunidades para ejercer el derecho de impugnación del medio libre documental telefax deben ser las mismas para la impugnación de la prueba documental, por lo tanto, si el telefax se ha acompañado al libelo

deberá impugnarse en la contestación de la demanda, si se produce en el lapso de promoción de pruebas deberá impugnarse en el quinto día siguiente a su publicación en autos.

En Sentencia del 20 Septiembre de 2.002 el Juzgado Superior Primero en lo Civil Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana de Caracas, caso La Rizquez contra R. Boadas, dicha Sentencia establece al FAX como medio de Prueba de la siguiente manera: *" (...) Para que se admita y valore el fax como medio probatorio, su promoción debe hacerse validamente y si emanan de un tercero ajeno al juicio deben ser ratificados mediante la correspondiente prueba testimonial (...)" ,* es decir, que dicho Juzgador establece que si se admite y valora el fax como medio probatorio, sin embargo en el referido caso no se cumplió con los requisitos para la promoción del fax, y en consecuencia no se valoraron por ser promovidos ilegalmente, por ser contraria al articulo 431 CPC, ya que los mismos emanaron de un tercero ajeno al juicio y el mismo no ratifico los mismos mediante la correspondiente prueba testimonial, y por consiguiente los tantas veces nombrados fax fueron desechados de conformidad con lo establecido en el Artículo 431 eiusdem.

Es relevante señalar la cita que hace a la doctrina específicamente a la obra del maestro Rengel Romberg, en su tratado de derecho Procesal Civil Venezolano (p. 269, tomo IV), la cual señala: *" El fax constituye un documento privado , y debe valorarse aun cuando esta valoración sea atípica, estableciendo al efecto dos supuestos: 1) El documento original presentado en juicio por la parte remitente, tiene semejanza con el documento privado y su fuerza probatoria se determina por las reglas establecidas en la ley respecto de estos instrumentos (art. 1.363 cc) de modo que la parte contra quien se produce debe manifestar formalmente, deberá manifestar si lo admite o lo niega, ya en el acto de la contestación de la*

demanda, si ha sido producido con el libelo, ya dentro de los cinco días siguientes a aquel que ha sido producido (...). 2) La copia recibida por el telefax, es copia privada de un documento privado, no contemplada en el Código Civil ni en el Código de Procedimiento Civil, y por lo tanto un aprueba atípica, cuya semejanza mas próxima la encontramos en las copias o reproducciones fotográficas, fotostáticas o por cualquier otro medio mecánico claramente inteligible de los instrumentos públicos, previstos en el Art. 429 CPC, por lo que, a semejanza con estas se tendrá como fidedigna la copia si no fuere impugnada por el adversario en los plazos establecidos en el mencionado Art. 429 CPC (...)".

En lo que respecta a los audiovisuales, uno de los puntos álgidos se refiere a de quien emana el audiovisual y en muchos casos la verdad de su contenido. Si se trata de un juego de video que al proyectarse expresa quienes son sus autores, estos se presumen y lo son conforme al artículo 7 de la LSDA. Si no contiene mención alguna, la autoría sobre el programa de computación será un hecho probar, el cual podrá demostrarse confrontando mediante expertos, el programa de computación registrado o que se ha probado de quien emana, con lo que arroje el juego de video.

Algo similar ocurre con las proyecciones gráficas de realidad virtual, donde hay un acto creativo de lo que se va a proyectar como resultado de la alimentación del programa y de los recursos utilizados.

Lo distinto será cuando lo que se discute no es la creación del audiovisual, sino el resultado obtenido por la utilización de un programa que domina una máquina, como los utilizados en las tomografías y otros sistemas semejantes. Se trata de un examen que realiza una persona sobre otra, o sobre unos bienes utilizando las computadoras. Aunque no se trata de la

creación de una obra de ingenio, si en el resultado del examen se hace constar el nombre de quien lo hizo (manejó los aparatos o los sistemas), por analogía con la LSDA debe reputarse, hasta prueba en contrario, que quien aparece allí es el autor.

En el derecho anglo americano para validar esos resultados se requiere probar: 1) que el sistema o aparato funcionaba bien para el momento de su uso lo que sólo basta para justificarlo mediante testigos u otros medios de prueba; 2) que el operador sabía manejar la máquina o el sistema, ya que tenía la pericia necesaria para hacerlo, lo que se prueba con los títulos de dicho operador. Ambos elementos a la credibilidad de las pruebas que debe existir en la mente del juez. El CPC venezolano nada dice al respecto, pero tratándose del convencimiento del Juez, es una carga de las partes que quieran revestir de eficacia probatoria a estas proyecciones gráficas a fin de probar la veracidad de los hechos controvertidos, así como la autoría. Uno de los problemas graves radica en probar quién es el examinado, sin embargo, en materia médica, existe una autenticidad derivada del ejercicio de la medicina, la cual estudia Hernández Merlanti en su trabajo “La autenticidad proveniente de los particulares sin intervención de funcionario público”, Revista de Derecho Probatorio Nº 5, según la cual y hasta prueba en contrario se tendrá por cierta la afirmación del médico sobre quien es el examinado. De todas maneras este sería un hecho a probar, como todos los colaterales que sirvan para identificar las condiciones de la autoría, lugar y tiempo de estos exámenes.

CAPÍTULO VI

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES POR EL JUEZ A LA HORA DE SENTENCIAR

CAPÍTULO VI

VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS LIBRES POR EL JUEZ A LA HORA DE SENTENCIAR

Couture (1981, p. 264) expone que el tema de la valoración de la prueba, busca una respuesta para la pregunta: ¿qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo?. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo gravitan y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe emitir.

En este sentido, Rengel-Romberg (1995, p. 135) precisa que el tema de la valoración de la prueba, responde a la pregunta: ¿qué valor tiene la prueba?, esto es ¿cuál es su eficacia en el proceso?.

El concepto de sana crítica fue incorporada legislativamente por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855, en relación a la prueba testimonial. Las dos palabras hacen alusión al aspecto subjetivo *(crítica: valoración razonada, argumentada)* y al aspecto objetivo *(sana: comedida, imparcial, fundada en principios lógicos generales y las máximas de experiencia)*. Ambas deben concurrir igual para determinar la fuerza persuasiva o de convicción de la prueba.

Couture (1979, p. 195, Tomo II) la refiere como categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez del primer sistema, y sin la incertidumbre del segundo, configura una fórmula calificada de feliz, para regular la actividad intelectual del Juez frente a la prueba. Agrega el autor, que la sana crítica son ante todo, *"reglas del correcto entendimiento*

humano; contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia"

Para Devis Echandía sana crítica y apreciación razonada o libre apreciación razonada, significan lo mismo: *"libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia, que según el criterio personal del juez, sean aplicables al caso"*. En este punto existe unanimidad de conceptos. La sana crítica es el sistema valorativo común, fundada en la libre, razonada y motivada apreciación del juez. La apreciación es *libre*, en cuanto el juez es soberano –en palabras de la jurisprudencia- para valorar la prueba, sin perjuicio de las tarifas legales insertas en la ley sustantiva; es *razonada*, en cuanto esa libertad no puede llevar al extremo de juzgar arbitrariamente, según capricho o simples sospechas. Y es *motivada,* desde que el juez debe consignar en la sentencia las razones por las que desecha la prueba o los hechos que con ella quedan acreditados, dando así los "motivos de hecho" en su decisión.

En este sentido, cuando se trata de explicar qué es la sana crítica, la entendemos como el proceso mental de acuerdo al cual, el Juez, a los fines de otorgarle o restarle valor probatorio a un medio, utiliza paralela y conjuntamente las reglas de la lógica, así como también sus máximas de experiencia o reglas de vida. Cuando el juez realiza tal proceso mental y valorativo, se encuentra obligado, adicionalmente, a fundamentar su conclusión.

Como vemos, el Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar, esta manera de actuar sería libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, como se ha expuesto.

En la motivación del fallo deben señalarse entonces las reglas de sana crítica utilizadas por el juzgador. En este sentido, cuando se valoran las pruebas de acuerdo a la sana crítica el sentenciador no puede limitarse a decir que aprecia y valora determinada prueba, sin razonar y motivar esa apreciación de la prueba como fundamento de la certeza judicial. Además, la apreciación debe hacerse en conjunto de las pruebas, entrelazando los distintos medios de prueba.

En otras palabras, el juez está en la ineludible obligación de utilizar la lógica al momento de la valoración probatoria, pero no puede limitarse a ello por cuanto en muchas ocasiones podría suceder que el razonamiento lógico sea correcto pero el resultado de la apreciación probatoria sea incorrecto o viceversa. De allí que la experiencia del juez en la apreciación o valoración de la prueba sea el otro pilar de indiscutible atención.

En tal sentido, las reglas de la sana crítica son, de tal manera, una mixtura entre la ciencia y experiencia, que permiten al juez valorar las pruebas que las partes han traído al juicio y las traídas por él de oficio, cuando está autorizado para ello, fundamentando además el porqué de su decisión.

Para Henriquez La Roche (2005, p. 241) la ponderación o “sanidad” de la valoración conecta directamente con la sindéresis y la sensatez. El artículo 23 CPC orienta hacia la actuación prudente y la equidistancia de posturas contradictorias.

Rengel-Romberg considera en atención a lo anterior, que es mixto el sistema venezolano de valoración de la prueba. Autores como Devis Echandía no admiten la existencia de sistemas mixtos, y sostienen que el Juez tiene libertad de apreciación o no la tiene, pues no existe libertad a medias.

La Ley pionera en la aplicación de este sistema, lo fue la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOPSEP), y hoy día el CPC lo reconoce, el COPP lo contempló en su última reforma, como se estableció y la LOPT, también tiene receptividad hacia aquel.

Ha quedado establecido entonces que la sana crítica en el caso venezolano se usa para valorar las pruebas tradicionales que carecen de normas expresas para su valoración y en especial para valorar las pruebas libres, ya que por no contar con una regulación exhaustiva no hay tasación de los mismos, de manera que su forma de valoración debe hacerse según la sana crítica.

En lo que atañe a las pruebas libres, éstas deben ser admitidas y evacuadas aplicando por analogía las normas del CC que regulan pruebas semejantes. Así, por ejemplo, si se trata de una prueba libre impresa, como sería un ticket de estacionamiento, deben respetarse las formas de documentos escritos que regula el CC.

Si se admite o evacua una prueba libre sin atenerse a la analogía, habrá casación de hecho. Este supuesto es equivalente a lo que la doctrina casacional ha denominado prueba irregular, que se conecta con el principio de la legalidad de las formas procesales (artículo 7 CPC), el cual alude a que cada prueba tiene su forma establecida en la Ley.

Para Escovar León (2002, p. 353) un mismo medio de prueba puede revestir carácter de prueba legal y de prueba libre. Así las grabaciones, que la legislación colombiana cataloga como documentos, pueden ser legales si trata de una prueba judicial (artículo 502 CPC), como veíamos la realizada dentro de un proceso por orden del Juez sobre ruidos o sonidos provenientes

de objetos o lugares. En este caso, la forma análoga es la experticia, porque al admitirse la grabación, el Juez fijará una hora del segundo día siguiente para la designación del experto o expertos que la realizarán, según la ordene de oficio o a solicitud de parte (artículo 452, 454 y 455 CPC). En este caso, debemos señalar, que la opinión del experto no es un dictamen en el sentido de la experticia, sino un resultado, ya que la prueba es la grabación y el trabajo del experto es para acreditar los datos técnicos de dicha grabación.

La grabación como prueba libre como señaláramos previamente, tiene una forma de admisión y evacuación algo diferente a la que se hace por orden del Juez, sea de oficio o a solicitud de parte). Esta debe promoverse dentro del lapso de promoción y el promovente debe presentarla con su historia, y junto a ella, promover la prueba complementaria. Además, la grabación, como prueba libre, debe cumplir con los requisitos de eficacia de la grabación por orden judicial. Asi, se debe acreditar la fidelidad, autenticidad y conexidad con los hechos controvertidos. El no promovente debe oír la grabación, por lo que el Juez debe fijar una oportunidad para que la contraparte del no promovente la escuche y para que, dentro del lapso que señale el Juez, haga los alegatos pertinentes. Es a partir del momento en que el no promovente escuche la grabación cuando puede hacer oposición a la prueba. Luego el texto de la grabación debe ser transcrito y agregado a los autos. En consecuencia, la forma análoga de esta prueba es la de la experticia y debe respetarse lo antes señalado; en caso contrario, se quebrantaría la forma de la prueba y habría casación de conformidad con el primer aparte del artículo 320 CPC.

Por otra parte, en una inspección puede practicarse una grabación, caso en el cual la forma es la de la inspección judicial.

En cuanto a la fotografía, debemos observar lo siguiente:

1) La fotografía de objetos, documentos y lugares debe hacerse por orden del juez de oficio o a solicitud de parte.

2) La fotografía de imágenes de personas, o de animales, y de sus actividades, es una prueba libre, pues la misma no queda comprendida en la previsión del artículo 502 CPC.

Cabrera Romero (1986, p. 240) en cuanto a la naturaleza de la fotografía, tiene dos posiciones:

1. Que se trata de un documento;
2. Que se trata de un medio de prueba autónomo.

Como la fotografía no está firmada ni emana de la contraparte, no encajaría dentro del concepto de documento público o privado que regula nuestro CC. Pero la fotografía sí podría tratarse como documento en su concepción amplia, ya que en ese sentido es documento todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, como lo prevé el artículo 251 CPC colombiano. Por eso la prueba semejante es la instrumental.

Sin embargo, considerar la fotografía como documento en Venezuela no encuentra apoyo tajante en una norma legal como ocurre en Colombia. Por eso, mientras la jurisprudencia fije posición, creemos que esta prueba, sea libre o no, debe cumplir la forma de la experticia, por cuanto siempre habrá necesidad de acudir a esta última para acreditar las condiciones técnicas de la foto (papel, negativo, etc.). Cabrera Romero (1986, p. 315) a los efectos de la impugnación, encuentra la fotografía dentro de los documentos.

En otros supuestos, la fotografía debe cumplir con una forma análoga diferente. Por ejemplo, si la foto se toma dentro de una inspección judicial, la forma análoga será la de este medio de prueba.

Por otra parte, señala Cabrera Romero (1986, p. 240) que si se trata de una confrontación de personas o cosas, del hierro que identifica la propiedad del ganado con éste, habrá que promoverla siguiendo las normas de inspección ocular, y así cada prueba libre se propondrá según las reglas de cada medio semejante; debiendo cumplir siempre con la forma del medio semejante.

Respecto a los medios electrónicos, en el sistema de comunicación se predican algunas garantías como: la autenticidad, la integridad, la originalidad, el *no repudio*, la confidencialidad y la veracidad. Hay que tener presente que ellas no son esenciales a la comunicación. De manera que el juez en su valoración ha de considerar la fiabilidad del sistema utilizado para generar la comunicación, a su vez la fiabilidad de la forma de conservación, la integridad del mensaje y la identificación del emisor. Por otra parte, tendrá que valorar la autenticidad, en el caso de que exista firma certificada hay presunción de autenticidad, en los otros casos seguirá las pautas establecidas por el CPC. Con relación a los aspectos de integridad y originalidad deberá observar que resultados arrojan las pruebas complementarias, como inspección y experticia.

Un aspecto importante a tener en consideración es la garantía de la confidencialidad, pues un quebrantamiento de ese derecho fundamental deviene en prueba ilícita. El juez tendrá que revisar su forma de obtención que debe corresponder con las formas legales y el debido proceso.

Es claro que al aplicarse las reglas procesales establecidas para los documentos escritos, el juez deberá valorar la aplicabilidad de tales reglas en la actividad probatoria. Así por ejemplo, si se opone un documento electrónico sin firma certificada y a quien se le opone no lo desconoce el juez deberá darlo por reconocido. De suerte, que el juez deberá recurrir a todos los elementos de valoración que le impone la sana crítica –lógica, método reflexivo y máximas de experiencia-como las normas que regulan la prueba documental, en las situaciones en que sean aplicables.

De igual forma, sostiene Cabrera Romero (2006, p. 187), que no es posible transformar los medios de prueba tradicionales, por cuanto sus formas están reguladas en el CC y en el CPC, y *si ello sucediere, el fallo fundado en pruebas con tales variaciones sería recurrible en casación por infracción del ordinal 2º del artículo 313 CPC, en concordancia con la norma particular reguladora de la prueba, que se ha desnaturalizado".*

De manera pues es correcto afirmar que no se pueden transformar los medios de prueba tradicionales; sin embargo no es correcto sostener que ello supone infracción del ordinal 2º del artículo 313 del CPC, ya que este artículo citado no es susceptible de ser infringido por los Jueces, ya que no es un dispositivo técnico destinado a regular su actividad, sino a establecer los motivos de casación, es decir los errores *in procedendo* o *in iudicando* en general, en los cuales pueden incurrir los jueces y que pueden ser denunciados por los recurrentes y censurados por la Casación, en aplicación del artículo 320 CPC, en armonía con la norma que contiene la regla legal expresa o la regla de la sana crítica, si tal fuere el caso, que se hubiere infringido.

Finalmente, Bello Tabares (2003, p. 73) expone sobre el riesgo que

representa la aplicación de este sistema de valoración, en atención a la realidad judicial de nuestro país, signada por la falta de preparación y capacitación de los operadores en el ejercicio de la función pública de administrar justicia, aunado a la provisionalidad de muchos de éstos, todo lo que determina que el instrumento de la sana crítica resulta *"peligroso e inadecuado en manos de jueces incapaces…"*

Compartimos lo esbozado por el autor, aunque aspiramos mejorar la calidad profesional de los jueces, mediante el conjunto de actividades de capacitación y aprendizaje; siendo importante asegurar el ingreso a la función judicial de personas de elevadas condiciones personales y profesionales.

Viene al caso una observación: los procesalistas más escrupulosos podrían tal vez soportar mejor las dudas con que se enfrentan en esta materia si tuvieran más confianza en el ejercicio de la valoración judicial. En último análisis, todas las cuestiones referentes a las pruebas confluyen en el momento valorativo, y en él asumen su real valoración práctica. A través de la valoración es como llega a concretarse la influencia de la prueba en el juzgamiento. Depende esencialmente de la valoración que una prueba sea o no decisiva para la solución del litigio, será entonces particularmente delicada la tarea del juez en ese instante.

Finalmente, la admisibilidad de la prueba "atípica" está tuitivamente subordinada a las mismas restricciones puestas por el ordenamiento jurídico a las típicas, es decir, ninguna prueba "atípica" se puede admitir donde tampoco se admitiría una prueba típica, en atención a las prohibiciones constitucionales, en la medida que se estimen aceptables en atenuación a la interpretación de la norma; cabiendo siempre a la prudencia del Juez.

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO DADO EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA A LAS PRUEBAS LIBRES

CAPÍTULO VII

TRATAMIENTO DADO EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA A LAS PRUEBAS LIBRES

Como veíamos en capítulos anteriores, uno de los principales problemas en torno a las pruebas libres radica en la ausencia de formas procesales legalmente establecidas, al no contener el CPC una regulación expresa de las formas de promoción y evacuación de las mismas, permitiendo la aplicación analógica de formas legales semejantes contempladas en el CC; aunado al hecho de la ausencia de formas procesales legalmente establecidas para la impugnación, no aportando una regulación expresa de los tramites impugnatorios, ni en cuanto a la consagración de la impugnación como medio de contradicción de la prueba, ni la fijación de lapsos ni oportunidades para su tratamiento.

A continuación comentaremos algunas decisiones que marcan la posición de nuestro Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, Sala de Casación Civil, Sala de Casación Social y Sala Político Administrativa en relación al régimen y tramitación de las pruebas libres en nuestro ordenamiento jurídico.

1) Principio de Libertad de Medios Probatorios

Actualmente el criterio de la Político Administrativa respecto al principio de libertad de medios probatorios es categórico, al consagrar la condición de *mumerus apertus* de las pruebas, lo que permite la introducción de diversos medios probatorios, pues lo contrario implicaría negar eficacia probatoria a

todos los modernos instrumentos técnicos con capacidad para registrar y reproducir hechos y todos aquellos que el avance científico y tecnológico alcancen, con la excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resultaren inconducentes para la demostración de sus pretensiones.

Así lo ha expuesto la Sala en diversas decisiones, dentro de las cuales puede destacarse la ***Sentencia No. 1879 del 20 de Noviembre de 2007, caso: Inversiones Hoteleras 7070, C.A., Vs, la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat),*** *con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa*. El criterio sostenido por la Sala se resume en los siguientes términos:

> **… "Así delimitada la *litis,* la Sala considera oportuno reiterar una vez más, su criterio en cuanto al régimen legal aplicable para la admisión de las pruebas en el ordenamiento jurídico venezolano, específicamente en lo relativo al principio de libertad de los medios probatorios, así como de su admisión, en el sentido de que resulta incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, principios éstos que se deducen de las disposiciones de los artículos 395 y 398 del Código de Procedimiento Civil, de aplicación supletoria al caso de autos, por mandato expreso del artículo 332 del vigente Código Orgánico Tributario, así como de los artículos 269 y 270 *eiusdem.***
>
> **Conforme a las citas jurisprudenciales precedentes, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, como antes lo afirmara, mantiene su criterio en cuanto a la libertad de los medios de pruebas y rechaza cualquier intención o tendencia restrictiva sobre la admisibilidad del medio probatorio que hayan seleccionado las partes para ejercer la mejor defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que no resulten pertinentes o conducentes para la demostración de sus pretensiones; y será en la sentencia definitiva cuando el juez de la causa, como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre la prueba promovida y evacuada, determine la incidencia de la misma sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto a la legalidad del acto impugnado…"**

Estableciendo mediante ***Sentencia No. 670 del 07 de Mayo de 2003, caso:*** **BANCO MERCANTIL, C.A., contra Fisco Nacional,** *con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa*:

> **"Conforme a nuestro ordenamiento jurídico procesal rige el denominado principio o sistema de libertad de medios de pruebas, según el cual las partes resultan legitimadas para elegir y promover los medios probatorios que consideren conducentes para la demostración de sus pretensiones, bien sea entre las denominadas pruebas libres o de aquellas expresamente establecidas en la ley. Asimismo, resulta común en la doctrina y jurisprudencia patria (en la cual se incluye la de este Alto Tribunal), el considerar que dicho sistema de libertad de pruebas resulta incompatible con cualquier limitación o restricción respecto a la admisibilidad del medio probatorio escogido por las partes, con la excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resultaren inconducentes para la demostración de sus pretensiones, tal como se deduce de las previsiones contenidas en los artículos 395 y 396 del Capítulo II, relativo a los medios de prueba, su promoción y evacuación, del Título II del Código de Procedimiento Civil.**
>
> **En este orden de ideas, debe indicarse que dicho sistema de libertad de medios de pruebas ha sido plenamente reconocido en el campo del derecho tributario, tanto por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa-Especial Tributaria, cuando señaló que "...** ***resulta contrario a toda lógica jurídica, pretender limitar las pruebas del cumplimiento de una obligación a un único instrumento (...), más aun, cuando el propio Código Orgánico Tributario permite, con las excepciones ya mencionadas, la admisión en los procedimientos tributarios de cualquier medio probatorio, ello en concordancia con el citado principio de libertad de medios probatorios consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil*****" (Sentencia del 18/07/96, Caso: Ramírez Salaverría, C.A), como por esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en su decisión de fecha 16/07/02, Caso: Interplanconsult, S.A…"**

2) Proceso Lógico que debe desarrollar el Juez al admitir las pruebas

De igual forma ha establecido la Sala Político Administrativa en ***Sentencia No. 670 del 07 de Mayo de 2003, caso:*** **BANCO MERCANTIL, C.A., contra Fisco Nacional,** *con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa,* la importancia del juicio de valor que debe efectuar el Juez sobre las pruebas

promovidas, respecto de sus condiciones de admisibilidad, que conlleven a determinar en la definitiva la incidencia de la misma sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto a la legalidad del acto impugnado. Estableciendo:

> **Ahora bien, respecto al proceso lógico que debe desarrollar el juez en la oportunidad de la admisión de las pruebas, ya la Sala al decidir un caso similar al de autos se pronunció, señalando lo siguiente:**
>
> ***"...la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y al establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado.***
>
> ***Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia, premisa que resulta aplicable a los procesos contencioso tributarios. (Sentencia Nº 2189 de fecha 14/11/00, dictada por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia/ Caso: PETROZUATA, C.A.).***
>
> ***Además, observa esta alzada que dichas reglas de admisión también exigen del Juez el análisis de la conducencia del medio de prueba propuesto, es decir, su idoneidad como medio capaz de trasladar al proceso hechos que sean conducentes a la demostración de las pretensiones del promovente".*** **(Decisión *supra* citada del 16/07/02, Caso: Interplanconsult).**

Estableciendo de igual forma, mediante ***Sentencia No. 1879 del 20 de Noviembre de 2007, caso: Inversiones Hoteleras 7070, C.A., Vs, la Gerencia Regional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración***

Aduanera y Tributaria (Seniat), *con ponencia del magistrado Levis Ignacio Zerpa*, *lo siguiente:*

> **En este particular, se ratifica el criterio jurisprudencial sostenido por esta Sala en forma pacífica en las siguientes sentencias: N° 00672 de fecha 09-05-2007, caso: Sistema Timetrac, C.A., N° 02977 de fecha 20-12-2006, caso: Distribuidora Rimruf, C.A., N° 1.752 de fecha 11-07-2006, caso: Tiendas Karamba V. C.A., N° 1.114 de fecha 04-05-2006, caso: Etiquetas Artiflex, C.A. y N° 760 de fecha 27-05-2003, caso Tiendas Karamba V. C.A., entre otras, donde se estableció que:**
>
> ***Conforme a las consideraciones precedentes, entiende la Sala que la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y al establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado.***
>
> ***Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia, premisa que resulta aplicable a los procesos contencioso tributarios."***
>
> **Asimismo, en cuanto a la conducencia de los medios probatorios, esta Máxima Instancia ha sostenido *"que dichas reglas de admisión también exigen del Juez el análisis de la conducencia del medio de prueba propuesto, es decir, su idoneidad como medio capaz de trasladar al proceso hechos que sean conducentes a la demostración de las pretensiones del promovente.".* (V. sentencia N° 0968 de 16-07-2002, caso: Interplanconsults, S.A., referida en el fallo N° 00760, de 27-05-2003, caso: Tiendas Karamba v. C.A.).**

3) No es obligatorio para el promovente de una prueba libre señalar la forma de evacuación de la misma

Mediante decisión de fecha 04 de Junio de 2004, con ponencia del Magistrado Dr. Juan Rafael Perdomo, la Sala de Casación del TSJ ha establecido que el promoverte de una prueba libre no está obligado a señalar la forma de evacuación, ni deviene la prueba en inadmisible si el Juez considera que no es correcta la forma por él sugerida, en atención a una interpretación concordada de los artículos 7 y 395 del CPC, que permite establecer:

a) Al promover una prueba libre la parte puede sugerir la forma de evacuación, aplicando analógicamente los medios probatorios típicos previstos en el C.C., en el CPC o en otras leyes de la República.

b) Si el promoverte no indica en forma expresa las normas que deben aplicarse analógicamente o si el Juez considera que no hay semejanza entre la prueba libre y el medio probatorio previsto en el CC, o considera que la semejanza es accidental y que la aplicación analógica de las normas probatorias típicas distorsionarían la esencia y finalidad de las mismas, deberá proceder a fijar la forma de promoción y evacuación.

4) Establecimiento en auto de admisión de pruebas las formas a seguir para la Evacuación de la Prueba.

La Sala de Casación Civil mediante ***Sentencia No. 547 del 13 de Julio de 2007, caso:*** **José Luis Cáceres Varela Vs. Winston Vallenilla y Radio Caracas Televisión, C.A., (RCTV, C.A),** *con ponencia de la magistrada Yris Armenia Peña Espinoza,* ha señalado la obligación para el Juez de la causa de establecer la forma mediante la cual debe

sustanciarse la impugnación y evacuación de la prueba libre (en este caso: grabación y de disco compacto), ya que no hacerlo, se omitiría el cumplimiento de formas procesales que interesan al orden público, no convalidables por las partes, traduciéndose en violación de los artículos 7 y 395 del CPC.

Para decidir, la Sala observa:

El formalizante denuncia la infracción por parte de la recurrida de los artículos 15, 206, 208, 211, 212, 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, ya que según sus dichos, el ad quem incurrió en el vicio de reposición mal decretada al reponer la causa al estado en que el juez de primera instancia establezca el trámite para que las pruebas libres de (1) Video emanado del canal de televisión RCTV, de los programas Aprieta y Gana y De Boca en Boca, marcado “E”, promovido por la parte actora ; y de (2) Disco Compacto (CD), contentivo de la obra musical CHACA CHACA RUCU RUCU RA RA RA, marcado “F”, promovidas por las partes sean incorporadas al expediente.

En tal sentido, a efectos de verificar lo denunciado, se estima pertinente transcribir de manera parcial lo resuelto por la alzada:

“...Al revisar las actas probatorias, observa este sentenciador que ha (sic) sido promovidas como pruebas libres (1) Vídeo emanado del canal de televisión RCTV, de los programas “Aprieta y Gana” y “De Boca en Boca”, marcado “E”, promovido por la parte actora; y de (2) Disco Compacto (CD), contentivo de la obra musical CHACA CHACA RUCU RUCU RA RA RA, marcado “F”, promovido por la parte demandada.

... Omissis...)

... Observa quien sentencia que el auto del 08.11.2004 (f. 459 1ª p) dictado por el Juzgado de la causa admitiendo las pruebas promovidas se limita señalar en relación a las pruebas libres de video y de disco compacto que “se fijará la oportunidad de evacuación de dicha prueba por auto separado, una vez conste en autos la consignación por ante este Tribunal de los medios de reproducción necesarios para al práctica de la misma”. Como se puede observar, en el caso que nos ocupa, el juez de la causa no estableció la forma mediante la cual debía sustanciarse la impugnación y evacuación de la prueba de grabación y de disco compacto, y al no hacerlo omitió el cumplimiento de formas procesales que interesan al orden público y, por ende, no convalidables por las partes, vulnerando los requerimientos de los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil.

> De tal suerte, que se impone exartículos (sic) 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, declarar de oficio la nulidad del fallo apelado en vista del quebrantamiento de forma con menoscabo del derecho de defensa de las partes, y reponer la causa al estado en que el Juez de primera instancia establezca el trámite para que las pruebas libres de (1) Video emanado del canal de televisión RCTV, de los programas Aprieta y Gana y De Boca en Boca, marcado "E", promovido por la parte actora ; y de (2) Disco Compacto (CD), contentivo de la obra musical CHACA CHACA RUCU RUCU RA RA RA, marcado "F", promovido por la parte demandada, sean incorporadas al expediente, y especifique las formas procesales que garantice el debido proceso que permita la contradicción de la prueba. Esto es, en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba, en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho a la defensa de las partes…"

De igual forma, y en claro acatamiento con la decisión de la Sala de Casación Social, supra comentada, podemos observar como la Sala Político Administrativa, ha establecido con meridiana claridad, su obligación, como rector del proceso, de establecer la forma a seguir para la evacuación del medio probatorio, en el caso particular mediante ***Auto del Juzgado de Sustanciación No. 442 del 26 de Junio de 2007, caso: Provene, C.A.,*** estableció la forma de evacuación de un medio libre de reproducción audiovisual en los siguientes términos:

> **…**
> **" Se admite cuanto ha lugar en derecho, por no ser manifiestamente ilegal ni impertinente, salvo su apreciación en la sentencia definitiva, la prueba contenida en el Capítulo V del escrito de promoción de pruebas de fecha 7 de junio de 2007, referida a la *"reproducción audiovisual o video grabado durante la inspección judicial extra lítem evacuada por el Juzgado de los Municipios Turén y Santa Rosalía de la Circunscripción***

> ***Judicial del Estado Portuguesa el día 12 de enero de 2004…"*** **(folio 40 de la pieza N° 3), consignado por el promovente. En consecuencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 502 del Código de Procedimiento Civil, este Juzgado acuerda, para la evacuación de esta prueba, proyectar dicho video en la sede de este Despacho a las once horas de la mañana (11:00 a.m.) del tercer (3er.) día de despacho siguiente a la presente fecha, con la presencia de la Jueza, la Secretaria, el Alguacil y de las partes y/o sus apoderados. A los efectos de esta evacuación, el Tribunal proveerá los medios mecánicos necesarios para la proyección y levantamiento de acta; y, si lo considera necesario, podrá interrumpir, suspender y diferir la evacuación de esta prueba…"**

5) Debido proceso, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva. Evacuación de actos procesales (pruebas libres). Control y Contradicción.

En materia de Pruebas Libres, la más emblemática y completa decisión lo constituye la ***Sentencia de la Sala de Casación Civil del 19 de Julio de 2005, caso: Producciones 8 ½, C.A.,*** **Vs. Banco Mercantil Banco Universal,** *con ponencia de la magistrada Isbelia Pérez de Caballero,* por la cual establece el debido proceso, derecho a la defensa y tutela judicial efectiva en la evacuación de los actos procesales en las pruebas libres, control y contradicción de las mismas, partiendo para ello de la prohibición de los jueces de relajar la estructura, secuencia y desarrollo del procedimiento, modo, lugar y tiempo en que deben realizarse los actos procesales, del establecimiento de la forma y consecuente evacuación de los medios probatorios libres aportados por las partes. En tal sentido, establece:

> **" La Sala ejerce la facultad prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil que le permite casar de oficio el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público que ella encontrare, aunque no se las hubiere denunciado.**
>
> **A tal efecto, esta Sala deja sentado que la observancia de los trámites esenciales del procedimiento está íntimamente ligado al principio de legalidad de las formas procesales, salvo las situaciones de excepción previstas en la ley. Por ello, no les está permitido a los**

jueces de instancia relajar la estructura, secuencia y desarrollo del procedimiento, esto es, el modo, lugar y tiempo en que deben realizarse los actos procesales, ya que las garantías del debido proceso, de defensa de las partes y el de tutela judicial efectiva incumbe al orden público, pues el Estado es garante del ejercicio eficaz de los derechos de las partes en el proceso. (Ver, entre otras, Sent. 10/5/05, caso: Doris Josefina Araujo c/ Michele Marcaccio Bagaglia).

En igual sentido, sostienen los autores Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal, que *"Los actos procesales se deben realizar en la forma prevista en el Código de Procedimiento Civil y en las leyes especiales, y solo ante la ausencia de regulación legal puede el juez establecer la forma que considere idónea para la realización del acto".* (Abreu Burelli, Alirio y Mejía Arnal, Luis Aquiles, *"La Casación Civil".* Editorial Jurídica Alva, S.R.L., p. 222).

Hechas estas consideraciones, esta Sala de Casación Civil constata que el *ad quem* infringió el debido proceso, y por vía de consecuencia, las garantías de defensa y de tutela judicial efectiva que propugna nuestra Constitución, al no haber fijado el trámite capaz de garantizar el derecho de contradicción de las partes sobre la prueba de VHS, la cual fue impugnada por el no promovente durante la fase probatoria, en contravención con lo dispuesto en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil

5.- La parte demandada impugnó la referida prueba libre de la siguiente manera:

"...De conformidad con la última parte del artículo 397 del Código de Procedimiento Civil, presento, en nombre de mi representado, formal oposición a la admisión del medio de prueba libre promovido por la demandante en el capítulo IV de su escrito de promoción de pruebas.

1.) En primer lugar, el medio de prueba libre promovido carece de toda credibilidad o veracidad, ya que con el mismo no fueron acompañadas las pruebas colaterales que permitan establecer la legalidad de dicho medio de prueba y que aporten los requisitos necesarios para que nuestra representada ejerza el debido control del mismo. En efecto, el promovente no aportó los elementos que permitan establecer que lo que va a arrojar el medio de prueba libre promovido es un reflejo de la realidad, es decir, no identificó el promovente, con marca, número y clase, el vídeo cassette promovido; con que máquina se realizó la filmación y si la misma funcionaba en forma correcta; no expresó quién fue la persona que efectuó tal grabación, identificándolo con precisión y ni si el mismo tenía los conocimientos y destreza para ello; no provee al Juez elementos que le den certeza si tal grabación fue realizada el día de la fiesta que mi

representada otorgó a los hijos de sus empleados: En definitiva, el promovente no da al juzgador los elementos que le permitan a éste saber con exactitud la procedencia de dicho medio de prueba libre, para así poder establecer, con su veracidad, la legalidad del mismo.
En este sentido, el Dr. Jesús Eduardo Cabrera, en su obra "Contradicción y Control de la Prueba Legal y Libre". Tomo I, pág. 208, expresa:

"...Quien propone una foto u otro medio similar, debe afirmar y probar todos los elementos que permitan al Juez convencerse de que el resultado (la imagen) es fiel reproducción del original. Quien promueve un registro realizado por una máquina, debe afirmar y probar todas las circunstancias que convenzan al Juez de que el registro es una representación genuina, tales como que la máquina es apta para el registro, que funcionaba bien para el momento en que lo hizo, que era operada por personas idóneas para ello y que su resultado es el mismo que se ha consignado en autos; y así, variando de acuerdo a las características de cada medio, deberá quien quiera valerse de él afirmar y probar las circunstancias de su credibilidad". (Subrayado propio).

Por lo tanto, solicito que el medio de prueba libre promovido, no sea admitido por ilegal, por no existir en autos elementos que le den credibilidad y para que mi representado pueda ejercer su debido control y con ello, su derecho a la defensa.

2.) En segundo lugar, nos oponemos a la admisión del referido medio de prueba libre, dado que existe una inexactitud entre el medio y el objeto del mismo. En efecto, pretende el demandante probar con tal medio de prueba que: "...Edgar Ojeda motivó a los niños para participar en su espectáculo musical, y que ellos efectivamente respondieron a esa motivación"; asimismo para que: "...observe cuan tediosa y larga fue la intervención de los personeros del Banco Mercantil, C.A., S.A.C.A., al hacer unas rifas entre sus trabajadores, sin realizar animación alguna. Al interrumpir el espectáculo para ello, las representaciones programadas por Producciones 8 ½, C.A., se tuvieron que hacer tardíamente y con luz diurna ya menguante" y, por último para que: "... vea y oiga al Presidente del Banco Mercantil, C.A., S.A.C.A., Dr. Gustavo Marturet, referirse al evento diciendo que fue una gran fiesta...".
Entonces, tal como se evidencia de lo transcrito precedentemente, el accionante no da al sentenciador los datos o elementos que permitan a éste conocer, al momento de observar y apreciar el medio en cuestión, quienes son las personas a que se refiere el demandante y, además, si las mismas son quienes el querellante dice que son. También, esta inexactitud, dificulta el control de la prueba por parte de mi poderdante, violando así, su derecho a la defensa.
En consecuencia, este medio de prueba libre no puede ser admitido por este Juzgado por ilegal, ya que le será imposible al sentenciador

determinar si los hechos que se pretenden probar con el mismo se evidencian de éste, por falta de elementos necesarios para ello.

3.) Por último, el accionante al promover el medio de prueba libre ya referido, solicita a este Juzgado se sirva, conforme al artículo 505 del Código de Procedimiento Civil, intimar a mi representado para que ésta preste su colaboración. Con ello, el promovente incurre en una indebida mezcla de medio de prueba libre, con un medio de prueba legal, como lo es el previsto en el referido artículo 505, y como consecuencia de ello, lo promovido es ilegal.

Esta prueba ha sido cuestionada por la parte accionada bajo el argumento de que no se ha indicado cual fue la máquina utilizada, el tipo de cinta y quien fue la persona que realizó la grabación, además de que fue editada. En verdad la prueba de grabación constituye un medio de representación que, como dicen algunos autores ha venido a sustituir a la apreciación que hace la persona de los hechos que ha visto y de las circunstancias que le rodean, y si bien ha sido una práctica forense el indicar el tipo de equipo utilizado, no es menos cierto que no hay en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil una exigencia en tal sentido, quedando a criterio del juez la exigencia de formalidades que puedan garantizar la fidelidad de lo grabado, sin que no pueda apreciar dentro de las reglas de la sana crítica, una grabación por el hecho de que no se indicó cual fue el equipo utilizado, máxime cuando no se ha impugnado la prueba imputándole que fuera un montaje o que contenga una distorsión de la realidad. En este caso, es decir, que se hubiera impugnado la prueba por ser un montaje correspondería al promovente de la misma acreditar en autos su fidelidad, a través de los medios que la misma ley adjetiva autoriza.
Ha sido admitido en la declaración rendida por el ciudadano Pedro Misle que la grabación fue realizada por un profesional al servicio de Foto Florida, lo cual, para quien decide, da un margen de credibilidad a la grabación, en vista de haber sido realizada por una empresa dedicada a esos menesteres. En consecuencia, se admite la prueba de video promovida, y se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, para acreditar los hechos que (sic) prenarrados. Así se declara...".

El citado artículo 7 faculta al juez para la creación de formas cuando para la realización del acto nada haya establecido el legislador al respecto. Y, el artículo 395 consagra el principio de libertad de los medios de prueba, conforme al cual es insostenible restringir la admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones; con lo cual le otorgó a las partes la posibilidad de promover pruebas distintas a aquellas reguladas en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, dispone en el único aparte del referido artículo que el juez debe crear la forma para la tramitación de la prueba libre en aquellos casos en los que el medio de prueba libre no pueda ser promovido ni evacuado conforme

a los medios de prueba tradicionales.

En efecto, en la Exposición de Motivos del Código de Procedimiento Civil, fue expresado:"...Se consideró conveniente introducir una ampliación de estos medios de prueba, con el propósito que el debate probatorio sea lo más amplio posible, y de que las partes puedan aportar cualquier otro medio no regulado expresamente por el Código Civil, haciendo posible de este modo una mejor apreciación de los hechos por parte del juez, y la posibilidad de una decisión basada en la verdad real y no solamente formal, procurándose además, de ese modo, una justicia más eficaz.

Se asocia así el Proyecto en este punto, a la corriente doctrinal y positiva, hoy dominante en esta materia, de permitir el uso de medios de prueba no regulados expresamente en el Código Civil, pero que son aptos, sin embargo, para contribuir al triunfo de la verdad y a la justicia de la decisión...". (Congreso de la República, Comisión Legislativa, *Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Imprenta del Congreso de la República, Caracas, 1984, p. 38).
El autor Jesús Eduardo Cabrera, al referirse a los medios de prueba libres, señala:

"...está formado por todos aquellos instrumentos capaces de trasladar hechos al proceso y que no están contemplados en ninguna ley, a ellos se refiere el principio de libertad de medios de pruebas o de libertad de prueba como también se le llama.

(Omissis)
Los medios legales de prueba, generalmente, están regulados por normas que establecen requisitos para su promoción. Si estas normas no se cumplen o se infringen, la proposición del medio es ilegal. Los medios libres, al contrario, por ser creación de las partes, no tienen ni pueden tener, para su promoción, requisitos particulares establecidos en la ley. En principio, la única valla para su admisión por ilegalidad, es que la ley los prohíba expresamente.

(Omissis)

Los medios libres pueden ser o parecidos a los legales, o sin ninguna afinidad con ellos. En el primer caso, quién los promueve debe hacerlo en forma análoga a los medios regulados por la ley. En virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del CC, creemos que se puede hacer la promoción de los medios libres, aplicando por analogía, lo dispuesto en las leyes, siempre que el propuesto sea semejante al regulado por éstas a pesar de que el artículo 395 del CPC ordena que se apliquen para la promoción y evacuación de los medios libres, las disposiciones análogas relativas a los medios tradicionales contemplados en el Código Civil.

(Omissis)

La situación es distinta cuando el medio libre ofrecido no es igual, ni en su esencia ni en su forma, al legal, sino parecido, como sería el caso, por ejemplo, de un experimento judicial distinto a la reconstrucción de hechos.

...los medios de prueba libres, ellos deben ser promovidos en el término de promoción; el juez para su evacuación queda facultado para aplicar formas análogas de medios semejantes, o para crear formas si el medio tiene una conexión lejana o carece de ella, con las pruebas tradicionales del CC.

El Juez no va ab initio –antes de la impugnación- a señalar formas análogas o creadas por él para la contradicción, ya que tal proceder no tiene lógica si tomamos en cuenta que ésta sólo procede a instancia de parte, por lo consiguiente, el Magistrado –salvo muy particulares materias- debe esperar que surja la impugnación ante el medio libre, para regularla según su criterio.

...Hay que distinguir la foto, como reproducción o prueba autónoma, donde el juez analiza la imagen, de la foto ilustrativa, destinada a complementar o aclarar una declaración...

Cuando lo que se produce como medio de prueba independiente, es una foto sin fines ilustrativos hay que distinguir si ella es promovida por las partes, quienes directamente la consignan en autos, o si ella es el resultado de la prueba de reproducciones del Art. 502 CPC. En el primer caso, el promovente tiene la carga de alegar y demostrar su identidad y su credibilidad, mientras que en el segundo, el funcionario debe aportar todo lo concerniente para que las partes puedan ejercer el derecho de defensa...

Los medios meramente representativos, sean ellos documentos o se les asigne otra naturaleza, pueden contener en su cuerpo, o ir acompañados de explicaciones escritas sobre sus circunstancias, tales como autoría, fecha de su confección, identificación de las personas, animales, lugares o cosas que en ellos aparecen, etc. Si las explicaciones escritas son auténticas, no hay problema probatorio alguno, y sólo la impugnación activa funcionará contra ellas; pero si estas no lo son, ellas se comportan como documentos escritos (por formar parte de cuerpos adheribles a los autos, que en lo que respecta a la recepción de la escritura, tienen la misma características que el resto del género), que de atribuirse a la contraparte y serles opuestos formalmente, quedarán sujetos a reconocimientos...

Cuando el medio meramente representativo no ilustra sino que se le trae como un medio autónomo, establecida la identidad y credibilidad del mismo, el Juez lo observa para extraer de él cualquier elemento

que permita fijar los hechos controvertidos, así las partes no lo hayan señalado con precisión en su promoción. Detalles de las fotos, de los videos, de las películas cinematográficas, no establecidas por las partes, pero que aparecen en el medio, podrán ser valorados por el Juez, ya que es el medio el que reporta la imagen, que es su contenido al proceso; y es esa imagen la que el sentenciador aprecia. Las reproducciones (Art. 502 CPC), así como las fotos, películas, videos y otros medios semejantes que produzcan las partes estarán sujetas a la apreciación judicial, hasta sus detalles.

Como la identidad y credibilidad del medio meramente representativo, la mayoría de las veces se prueban con testigos, el promovente de la prueba debe ser cuidadoso para no convertir a dicho medio en un aditamento del testimonio, caso en que éste será lo que se aprecia. Por ello en anterior ocasión (1986), alertamos sobre el punto, cuando dijimos: *"Por lo dicho, un gran número de pruebas libres para adquirir eficacia probatoria, no se bastarían a sí mismas, sino que formarán parte de un concurso de medios que las apoyarán y permitirán al Juez conocer su veracidad y relación cierta con la causa".*

Muchas de estas pruebas requerirán de la ayuda de la prueba testimonial para lograr sus fines, funcionando como un todo inseparable con el testimonio. El medio de prueba libre que se quiere hacer valer, se propone como tal, pero varios de los aspectos relativos a su autenticidad y veracidad se demuestran con testigos, quienes deponen sobre estos hechos y no sobre el fondo del litigio.

Esta situación hace imprescindible que cuando se proponga una prueba libre, se indique expresamente dentro de la promoción de prueba cuales son los testigos que van a deponer sobre su autenticidad y fidelidad...creemos que el promovente –al menos- debe indicar cuales son los testigos que va a utilizar para probar la autenticidad y fidelidad del medio libre.

...El que promueve tiene la carga de probar la conexión medios-hechos litigiosos y así mismo, de hacer creíble dicha prueba. Para lograr los fines anteriores, el promovente se valdrá de todos los medios posibles y de presunciones...". (Cabrera, Jesús Eduardo. *"Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre.* Editorial Jurídica Alva S.R.L, Caracas, 1998, *Tomo I,* p. 41, 304-308, *Tomo II* p. 121, 140, 143, 146-147).
En este orden de ideas, el tratadista Ricardo Henríquez La Roche sostiene:

"...La regla general es que cualquier medio probatorio es válido y conducente al nacimiento de la prueba, salvo que esté expresamente prohibido por la ley. Como la ley no puede regularlos a todos por su diversidad o porque su invención y práctica es la posterior a la legislación, deben aplicarse siguiendo la analogía que tengan con los medios probatorios típicos, previstos en el Código Civil y regulados en su modo y oportunidad por la ley adjetiva. La falta de aplicación por

analogía de estas reglas da lugar a la irregularidad de la prueba atípica y a su consiguiente ineficacia procesal; siendo incluso denunciable en casación (Art. 320, segundo párrafo)...".

Si el juez considera que no hay semejanza entre la prueba libre y el medio probatorio previsto por el Código Civil, o considera que la semejanza es accidental y que la aplicación analógica de las normas sustantivas típicas distorsionarían la esencia y la finalidad de la prueba atípica, así lo motivará en el auto que dicte y procederá a fijar la forma de promoción y de evacuación (o calificar la promoción ya hecha), de acuerdo a lo señalado en la parte final de este artículo 395. De hecho así lo prevé en términos generales –como fundamento de la parte final de esta disposición- artículo 7°...". (Henríquez La Roche, Ricardo, *"Código de Procedimiento Civil, Tomo III",* Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 2000, p. 225-226).

En igual sentido, el autor José Pedro Barnola Quintero indica:

"...La ampliación del número de medios de prueba admisible al extenderse dicha admisibilidad a medios de prueba consagrados en leyes distintas a las del Código Civil, como ha sido tradicional en este punto. Igualmente se consagra la posibilidad de emplearse en el proceso cualquier otro medio de prueba no prohibido por la ley. En este sentido, reflejo del Código Modelo Iberoamericano de Derecho Procesal, resulta la disposición del artículo 395 del Código de Procedimiento Civil venezolano. Dicha disposición consagra que estos otros medios de prueba se promueven y evacuan aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, o atendiendo a la disciplina judicial de las formas procesales, al estatuir que en defecto de normas la evacuación se llevará a cabo en la forma que señale el juez...". (Barnola Quintero, José Pedro. *"XIX Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal. Derecho Probatorio Nuevas Tendencias,* INVEDEPRO, Caracas, 2004, P. 519-520).

Por su parte, el autor Antonio Rosich Sacan, en su obra, *"Impugnación por Falsedad del Medio de Prueba Audiovisual",* expresa:

"...Los audiovisuales son medios probatorios propios, previstos en el artículo 395 del CPC...

(Omissis)

El audiovisual como medio capaz de captar hechos trasladados a los efectos probatorios, no escapa a la posibilidad de ser alterado en su forma y contenido.

(Omissis)

Podemos definir la falsedad audiovisual como "la falta de conformidad del audiovisual con la realidad" la cual puede referirse al contenido o a la forma.

> **No basta que un medio de probatorio pueda trasladar los hechos del mundo exterior a un proceso judicial. Se requiere que el medio de prueba se encuentre en capacidad de incorporar debidamente los hechos al proceso para que los mismos cumplan con su función primordial, lo cual no es otra que demostrar la veracidad o falsedad de los hechos controvertidos. El medio de prueba debe, por si mismo, bastar para que los hechos que trae al juicio (y especialmente la prueba de los hechos) cumplan con la tarea de fijar como ciertos dentro de la mente sentenciadora del juez, su existencia y veracidad.**
>
> **Para que esta labor de fijación se cumpla se requiere que el medio de prueba contenga en sí dos elementos fundamentales, como son la identidad y la credibilidad del medio, en relación a los hechos del proceso.**
>
> **(Omissis)**
>
> **Vigente desde mucho antes de la promulgación del CPC de 1987, la institución de la impugnación en Venezuela ha pasado desapercibida, o tal vez descuidada por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia patria. Prueba de ello resulta la persistente confusión que en el foro se observa en relación a este medio de contradicción de las pruebas.**
>
> **Modernamente la doctrina contemporánea ha distinguido en la institución de la impugnación, como medio de contradicción de las pruebas, dos subtipos claramente definidos. Así la impugnación ha sido desarrollada en relación a la dirección en que se orienta el ataque al medio. Aquella que tiene por objeto la erradicación de medios obtenidos en detrimento de la ley o ilegitimidad por el promovente, ha sido denominada impugnación por ilegitimidad del medio de prueba. Por otro lado, aquella que busca eliminar la eficacia probatoria del medio de prueba por contener falsedades, es conocida como impugnación por falsedad del medio de prueba.**

Estableciendo finalmente, la forma de tramitación de la impugnación por falsedad de la prueba audiovisual, señalando al respecto:

> **"Hemos destacado anteriormente la especial situación en torno a este novedoso medio de prueba. Corresponde ahora resolver el dilema de la tramitación del mecanismo impugnatorio que permita la contradicción del no promovente durante la evacuación de la prueba.**
>
> **No obstante, tenemos distintas alternativas aplicables al trámite impugnatorio. Debemos consecuencialmente explanarlas para adoptar entre ellas la que consideramos más efectiva a los fines de la presente investigación.**
>
> **Como señalamos en diversas oportunidades, el problema sustancial en torno a la impugnación radica en la ausencia de formas procesales legalmente establecidas. Así el CPC no aporta regulación expresa de los tramites impugnatorios, ni en cuanto a la consagración de la impugnación**

como medio de contradicción de la prueba, ni la fijación de lapsos ni oportunidades para su tratamiento.

Para solventar esta Laguna de Ley, encontramos una doble salida que el mismo CPC nos plantea. Primeramente el artículo 395 del texto aludido, al referirse a los medios de prueba libre, en su único aparte señala: ...

Vemos, pues, como el propio texto de la norma permite la aplicación analógica de formas legales semejantes contempladas en el CC, en cuanto a la promoción y evacuación de estos medios (lógicamente, incluimos el control y contradicción de la prueba en este enunciado). Asimismo, se faculta expresamente al juez para señalar las formas de tramitación de este tipo de pruebas, en caso de ausencia de formas análogas.

Entonces, el Juez tiene dos salidas claras, por una parte la analogía aplicada por mandato expreso del artículo 395 del CPC en concordancia del artículo 4 del CC; y por la otra, la implementación de formas propias para la tramitación en el proceso de los medios de prueba libres, también recogida en el contenido del artículo 395 del CPC, aunado a la facultad para crear formas legales que le confiere el artículo 7 del mismo texto adjetivo...". (Rosich Sacan, Antonio, *"revista de derecho probatorio 8, Impugnación por Falsedad del Medio de Prueba Audiovisual",* Editorial Jurídica Alva S.R.L, Caracas, 1997, p. 160, 169, 171, 174,175, 180, 186, 180,190).

Como puede observarse, la doctrina es conteste al considerar respecto a la tramitación de las pruebas libres que no se asimilan a los medios probatorios tradicionales, lo siguiente:

1.- El promovente de un medio de prueba libre representativo, esto es, fotografías, películas cinematográficas, audiovisuales, y otras de similar naturaleza, tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, aquellos medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e identidad de la prueba libre, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio.

2.- El juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe en conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta se sustanciará; y en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementar en la tramitación la oportunidad y forma en que deba revisarse la credibilidad e idoneidad de la prueba; pues sólo cumpliendo con esa formalidad por delegación expresa del legislador cumple el proceso su finalidad, que es un instrumento para alcanzar la justicia según lo dispone el artículo 257 de nuestra Carta Magna, al mismo tiempo, se garantiza el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

3.-Una vez cumplidas estas formalidades, el sentenciador determinará en la sentencia definitiva -previo al establecimiento de los hechos controvertidos-, si quedó demostrada la credibilidad y fidelidad de la prueba libre en cuestión; caso contrario, desestimará

> **dicha prueba, pues si bien se trata de medios probatorios que no prejuzgan sobre el fondo del litigio, son indispensables para que una vez establecidas dichas circunstancias, el juez pueda establecer con plena libertad los hechos que se desprenden de la prueba conforme al sistema de la sana crítica.**
>
> **Por consiguiente, la Sala deja establecido que es obligatorio para los jueces de instancia fijar la forma en que deba tramitarse la contradicción de la prueba libre que no se asemeje a los medios de prueba previstos en el ordenamiento jurídico, pues así lo ordenan los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil; de lo contrario se estaría subvirtiendo la garantía del debido proceso, con la consecuente infracción del derecho de defensa de las partes".**

6) Obligatoriedad de Agotar Recursos Ordinarios contra decisiones interlocutorias de inadmisibilidad de pruebas libres

En este materia la Sala de Casación Civil ha establecido que ante la negativa de una prueba libre se debe recurrir en primer término contra la decisión interlocutoria que causa un gravamen, no reparado por la sentencia definitiva, para la procedencia del correspondiente Recurso de Casación, y así lo estableció mediante ***Sentencia del 29 de Septiembre de 2004, caso: Carlos Enrique Urbina Vs. Luis Guillermo Jaramillo*****,** *con ponencia del magistrado Tulio Álvarez Ledo, la cual señala:*

> **".. Constata la Sala que tanto las denuncias de forma como las de infracción de ley, se refieren a las pruebas promovidas por el demandante en el Capítulo VI de su escrito, las cuales fueron declaradas inadmisibles por el Tribunal de la causa, con base en que estas no son las que taxativamente señala el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, decisión rebatida por el actor en los informes presentados en fecha 7 de abril de 2003 con fundamento en lo establecido en el aparte único de dicha norma, que contempla las llamadas pruebas libres. Igualmente, arguye el recurrente que hubo falta de pronunciamiento por parte de la recurrida en relación a la violación del derecho a la defensa y del debido proceso alegados por éste en dichos informes.**
>
> **Así, el parágrafo único del ordinal 4° del mencionado artículo, dispone que al proponerse en recurso de casación contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en él las interlocutorias que**

hubieren producido un gravamen no reparado en ella, siempre que contra dichas decisiones se hubieren agotado oportunamente todos los recursos ordinarios.
En consecuencia, el formalizante debe recurrir, en primer término, contra la decisión interlocutoria que causa un gravamen no reparado por la sentencia definitiva, pues de prosperar tal recurso, la Sala no entrará a conocer del formalizado contra esta última decisión.
En el presente caso, el recurrente formalizó única y exclusivamente contra la sentencia definitiva que puso fin al juicio de fecha 11 de junio de 2003, dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y "Menores" de la Circunscripción Judicial del estado Monagas, es decir, obvió hacerlo contra la interlocutoria dictada por el referido Juzgado Superior en fecha 19 de junio de 2002…"

A manera de conclusión, respecto al tratamiento dado por el TSJ a las Pruebas Libres debemos hacer las siguientes consideraciones:

1) No se debe pretender delimitar fuentes ni por la Ley ni la doctrina.
2) La Ley debe necesariamente regular los medios.
3) Las partes deben indicar la fuente.
4) El Juez debe aplicar el medio.
5) No se puede sancionar como falta de la parte el no indicar el medio similar o el procedimiento analógico.

CONCLUSIONES

Como señaláramos con anterioridad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 395 CPC, es posible producir en el proceso cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, utilizando para su promoción y evacuación las disposiciones establecidas para los medios semejantes, y en su defecto, según lo que señale el juez.

Uno de los mayores problemas que ha suscitado la aplicación de normas sobre la admisión de medios de prueba que no están previstos legalmente o que no están prohibidos expresamente, ha sido la falta de uniformidad de criterios que permitan identificar el género de ciertas pruebas libres, sus diferentes especies, su valor y eficacia probatoria, así como los mecanismos de control de las mismas.

Dada la ausencia de formas procesales legalmente establecidas, al no contener el CPC una regulación expresa de las formas de promoción y evacuación de las mismas, permitiendo la aplicación analógica de formas legales semejantes contempladas en el CC, sugerimos algunos aspectos para que su promoción pueda considerarse válida en juicio y surtir así todos sus efectos procesales.

Por otro lado, otro problema sustancial en torno a la impugnación radica en la ausencia de formas procesales legalmente establecidas. Así el CPC no aporta regulación expresa de los tramites impugnatorios, ni en cuanto a la consagración de la impugnación como medio de contradicción de la prueba, ni la fijación de lapsos ni oportunidades para su tratamiento.

Debiendo resaltar el hecho de que todas las cuestiones referentes a las

pruebas confluyen en el momento valorativo, y en él asumen su real valoración práctica. A través de la valoración es como llega a concretarse la influencia de la prueba en el juzgamiento. Depende esencialmente de la valoración que una prueba sea o no decisiva para la solución del litigio, será entonces particularmente delicada la tarea del juez en ese instante.

Resulta engorroso esbozar una respuesta con respecto a la valoración que deberían dar los jueces a estos “nuevos” medios, puesto que el juez tendrá autoridad para valorar el nuevo medio por la sana crítica (lógica + reglas de la experiencia) dejando de lado la potencial regla legal expresa que tarifa o tasa a un medio de prueba, que es la medida otorgada por la Ley al medio regulado expresamente. Vemos de este modo como la letra del artículo 395 del CPC indica que el tratamiento de estos medios se circunscribe a su promoción y evacuación, pero nada sobre su valoración. A nuestra manera de ver, esto deja una carga tremenda en el juez que requiere revisar conceptos a los efectos de establecer el tratamiento procesal de estos medios.

Resulta necesario revisar los conceptos y unificar criterios. En tal sentido, nos permitimos citar al maestro Rengel Romberg cuando señala que *“la única garantía de corrección de la valoración inherente a la prueba atípica, ya sea lo relativo a la selección de las fuentes de de convencimiento, como a la determinación de su eficacia, consiste en el requisito de una adecuada motivación”.*

De este modo, se impone la búsqueda de linimientos doctrinales y jurisprudenciales que fijen parámetros para fundamentar o motivar el correcto uso de criterios lógicos, y si fuera el caso, el de la sana crítica. Aspirando en este sentido, mejorar la calidad profesional de los jueces, mediante el

conjunto de actividades de capacitación y aprendizaje; siendo importante asegurar el ingreso a la función judicial de personas de elevadas condiciones personales y profesionales.

Creemos que lo más importante para lograr una correcta apreciación de los mas novedosos medios de prueba supra referidos y los que vayan surgiendo, es, principalmente, que los jueces o árbitros amplíen sus criterios en base a los adelantos de la tecnología, pues de nada servirá que las partes utilicen los avances de la ciencia y de la tecnología como medios de prueba, si los hombres y mujeres encargados de la resolución de sus conflictos, se cierren a apreciarlos en todo su valor probatorio, por desconocimiento o desconfianza.

En la presente investigación se formularon algunos parámetros que en un futuro puedan ser considerados, al crearse en Venezuela una regulación mas amplia en relación al régimen probatorio y en especial, al de las pruebas libres, a través del cual no sólo se determinen maneras de promoción, sino se fijen y en especial, se controlen las nuevas modalidades de medios probatorios a incorporar en el proceso, garantizando su contradicción a la parte interesada, fijando parámetros de apreciación para el Juez, garantizando la plena vigencia del derecho a la defensa y al debido proceso.

Esperamos así que los anteriores planteamientos hechos motiven a profesores, jueces y estudiantes a profundizar sobre el tema y permitan crear las bases para un tratamiento homogéneo de estas nuevas figuras que se incorporan al proceso de manera de generar mayor seguridad jurídica a nuestra sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Antequera, R. (1994). **El Nuevo Régimen del Derecho de Autor en Venezuela (y su correspondencia con la legislación, la jurisprudencia y la doctrina comparadas).** Caracas, Venezuela.

Araujo, J. (2006). Ponencia en las Jornadas del Congreso Venezolano de Derecho Procesal en Barquisimeto (26 y 27 de Mayo). **"La Prueba Innominada".**

Bello, H. (1991). **La Prueba y su Técnica** (5º edición avanzada y actualizada). Editorial Mobilibros. Caracas, Venezuela.

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

Cabrera, J. (1997). **Revista No. 9 Derecho Probatorio.** Caracas. Editorial Jurídica Alva.

Cabrera, J. (2000). **Revista No. 12 Derecho Probatorio.** Caracas. Editorial Jurídica Alva.

Cabrera, J. (2006). **Revista No. 14 Derecho Probatorio.** Caracas. Editorial Jurídica Alva.

Cabrera, J. (1984). **El Experimento Judicial. Revista de la Facultad de Derecho de la UCAB, Nº 33.**

Calvo, E. (1986). **Código de Procedimiento Civil de Venezuela comentado.** Ediciones Libra. Gaceta Oficial No. 3.694 Extraordinario, de fecha 22 de enero de 1986.

Calvo, E. (1986). **Código Civil Venezolano comentado.** Ediciones Libra.

Gaceta Oficial No. 2.990 Extraordinario de fecha 26 de julio de 1982.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** 36.860. (Extraordinaria). Marzo 25 de 2000. Caracas: Imprenta Nacional.

Congreso de la República, Comisión Legislativa. (1984, p. 38). **Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil**. Caracas.

Cuenca, H. (2000). **Derecho Procesal Civil**, Octava Edición, Caracas, Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela.

Devis, E. (1981). **Teoría General de la Prueba Judicial**. (5ª Edición, Tomos I y II). Buenos Aires.

Devis, E. (1993). **Clasificación de las Pruebas.** (4ª Edición, Tomos I y II). Buenos Aires.

Gramcko, L. (2002). **Conferencia de las Grabaciones y su valor probatorio en las Jornadas sobre problemas y soluciones en el Derecho Probatorio**.

Henríquez, R. (2005). **Instituciones de Derecho Procesal**. Caracas. Ediciones Liber.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (1999). **El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.** Historia-Antecedentes-Exposición de Motivos-Texto del Anteproyecto.

Jurisprudencia Ramírez & Garay. (1990). (4º semestre). Caracas.

Jurisprudencia Ramírez & Garay. (1991) (3º Trimestre), Caracas.

Jurisprudencia. Ramírez & Garay. (2002). (agosto- septiembre), Caracas.

Ley Aprobatoria del Convenio Internacional de Telecomunicaciones (1982). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.754 (Extraordinario). Enero 03 de 2005.

Ley de Cinematografía Nacional. (1993). Gaceta Oficial 4.626 (Extraordinario). Septiembre 08 de 1993.

Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. (1982). Gaceta Oficial 3.077. Diciembre 23 de 1982.

Ley de Reforma del Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo. (2005), Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Enero 05 de 2005.

Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (2005). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.789 (Extraordinario). Octubre 26 de 2005.

Ley sobre Derecho de Autor. (1993). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.623 (Extraordinario). Octubre 01 de 1993.

Ley sobre Protección a la Privacidad de las Comunicaciones. (1991), Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 34.863. Diciembre 16 de 1991.

Ley de Tarjetas de Crédito, Débito, Prepagadas y demás Tarjetas de

Financiamientos o pago Electrónico. (2008). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.021. Septiembre 22 de 2008.

Mires, F. (1996). **La Revolución que nadie soñó o la otra posmodernidad.** Caracas. Editorial Nueva Sociedad.

Montero, J. (1998). **La Prueba en el Proceso Civil.** (4º Edición). Editorial Thompson-Civitas. Madrid.

Muñoz, L. (2006). **Probática y Derecho Probatorio.** Congreso Colombiano de Derecho Procesal.

Parilli, O. (1997). **La Prueba y sus Medios Escritos**. (2ª edición). Mobil Libros.

Parra, J. (2001). **Manual de Derecho Probatorio.** Bogotá. Ediciones Librería del Profesional.

Raynaud, F. **La Audiovisión en la Enseñanza: Revista de Tecnología Educativa.** Volumen 5, No. 2 y 3. 1979. Caracas, Venezuela.

Reglamento del Servicio Telefónico. (1986). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 33.615. Diciembre 09 de 1986.

Ricci, F. (1958) **Derecho Civil Teórico y Práctico, Tratado de las Pruebas.** Madrid. Editorial Moderna.

Ricco. M. (2001). **Documento Electrónico y Prueba.** Ponencia presentada en Congreso Internacional de Derecho y Telecomunicaciones.

Rivera, R. (2006). **Los Medios Informáticos. Tratamiento Procesal.**

Quiceno A. (2000). Compilación y Extractos. **Valoración Judicial de las**

Pruebas. 1º Edición. Caracas, Venezuela. Paredes Editores.

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB, 1984). **Revista No. 33: El Experimento Judicial.** Caracas.

Urdaneta, N (1997). **Autenticidad en los Medios de Pruebas Audiovisuales.** Revista de Derecho Probatorio Nº 8. Editorial Jurídica Alba. Caracas, Venezuela.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Regiones (1991). **Caso: Federación Venezolana de Tenis contra Caracas Raquet Club.** Juzgado Superior Segundo del Distrito Federal. Sentencia de fecha 29 de Julio de 1991.

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2000) Sala de Casación Social. Sentencia de fecha 01-06-2000. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/junio/0106-00.htm.
[Consulta: 2006, Marzo 05].

Tribunal Supremo de Justicia (TSJ, 2002). **Estudios de Derecho Procesal Civil: Libro Homenaje a Humberto Cuenca**. Caracas. (Colección Libros Homenaje, Nº 6).

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2002) **Caso: Interplantconsult, S.A.** Sala Político Administrativa: Expediente Número: 0968. [Sentencia en línea]. Disponible:
http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/0968-101102-00-1246.htm.
[Consulta: 2006, Marzo 05].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2003). **Caso: Gerencia Nacional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) Vs. Banco Mercantil (Banco Universal).** Sala Político Administrativa: Expediente Número: 15993.

[Sentencia N° 670]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00670-080503-1999-15993.htm Consulta: 2007, Abril 07].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2004). Sala de Casación Social; Expediente Número: 0932. [Sentencia en línea]. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/noviembre/1365-010604-00-2351.htm. [Consulta: 2006, Marzo 05].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2004). **Caso: Carlos Enrique Urbina Vs. Luis Guillermo Jaramillo.** Sala de Casación Civil; Expediente Número: 03-768. [Sentencia N° RC 1143]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/septiembre/rc-001143-290904-00-03768.htm. [Consulta: 2006, Marzo 05].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2005). **Caso: Producciones 8 ½ C.A., Vs. Banco Mercantil (Banco Universal).** Sala de Casación Civil: Expediente Número 2003-685 [Sentencia No. RC 472]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00472-190705-03685.htm [Consulta: 2007, Abril 07].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2005)**.** Sala Político Administrativa: Expediente Número 03-652. [Sentencia en línea]. Disponible: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/agosto/1048-170805-00-2397%20.htm. [Consulta: 2006, Septiembre 05].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2007). **Caso: Inversiones Hoteleras 7070, C.A., Vs Gerencia Nacional de Tributos Internos de Contribuyentes Especiales de la Región Capital del Servicio Nacional**

Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT). Sala Político Administrativa: Expediente Número: 2007-557. [Sentencia N° 1879]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01879-211107-2007-0557.htm. [Consulta: 2009, Abril 07].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2007). **Caso: Distribuidora Industrial de Materiales C.A (DIMCA) Vs. Rockwell Automation de Venezuela, C.A.** Sala de Casación Civil: Expediente Número: 2006-0001119. [Sentencia No. RC-00769] Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/octubre/rc-00769-241007-0619.htm. [Consulta: 2009, Abril 07].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2007). **Caso: Provene, C.A., Vs. Corporación de Abastecimiento y Servicios Agrícolas C.A.S.A..** Sala Político Administrativa. Juzgado de Sustanciación. Expediente Número: 2004-850. [Sentencia N° 442]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/04-850.htm. [Consulta: 2009, Abril 07].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2007). **Caso: José Luis Cáceres Varela Vs. Winston Vallenilla y RCTV, C.A.** Sala de Casación Civil: Expediente Número 2007-173 [Sentencia N° RC 00-547]. Disponible en línea: http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/julio/rc-00547-130707-07173.htm. [Consulta: 2009, Abril 09].

Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela Regiones (2009). **Caso: Edward José Briceño y Carlos Luis Artigas Vs. Eleazar Benitez Guzmán.** Juzgado Superior Civil, Mercantil, de Tránsito y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Trujillo. Fallo Interlocutorio.

Disponible en línea:
http://www.trujillo.tsj.gov.ve/decisiones/2009/septiembre/1588-21-2871.html.
[Consulta: 2009, Diciembre 09].

Viilamil, E. (1999). **Teoría Constitucional del Proceso, ob. cit. p. 61.**