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

**LOS MEDIOS INFORMATICOS COMO MEDIOS DE PRUEBAS LIBRE EN EL
PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO VENEZOLANO**

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

Autor: Javier Palao Abreu
Asesor: Eluz Rodríguez

Cumana, 20 de Mayo de 2.013

INDICE GENERAL

	Pág.
ACEPTACION DEL ASESOR	ii
INDICE GENERAL	iii
RESUMEN	v
INTRODUCCION	1
CAPITULOS	
I. MEDIOS DE PRUEBA Y MEDIOS INFORMATICOS	5
Medios de Pruebas	5
Principio de Necesidad de la Prueba	6
Principio de Libertad e Igualdad Probatoria	7
Medios Informáticos	12
Documentos Electrónicos	18
Tipos de Documentos Electrónicos	22
Naturaleza Jurídica de los Documentos Electrónicos	23
II. LOS MEDIOS INFORMATICOS COMO MEDIOS DE PRUEBAS LIBRES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO VENEZOLANO	26

III. PROMOCION DE LOS MEDIOS INFORMATICOS COMO MEDIOS DE PRUEBAS LIBRES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO VENEZOLANO	30
Admisibilidad de los Documentos Electrónicos como Medios de Prueba	51
Contradicción de los Documentos Electrónicos como Medios de Prueba	52
IV. EVACUACION DE LOS MEDIOS INFORMATICOS COMO MEDIOS DE PRUEBAS LIBRES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO VENEZOLANO	56
V. VALORACION DE LOS MEDIOS INFORMATICOS COMO MEDIOS DE PRUEBAS LIBRES EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL ORDINARIO VENEZOLANO	62
CONCLUSION	71
BIBLIOGRAFIA	73

INTRODUCCION

Nuestro ordenamiento jurídico positivo ha hecho una distinción de los Medios de Prueba, con relación a los nominados e innominados, entendiéndose como nominados, aquellos medios probatorios que están expresamente previstos en las leyes, y ello ha traído como consecuencia fundamental, que su capacidad conductiva de hechos al proceso sea indiscutible.

En contraposición a ellos, surge la noción de innominados, que se caracteriza por no estar contemplados expresamente en alguna Ley, y que sin embargo, son utilizados para llevar hechos al proceso, Lo que en efecto permite a las partes en un juicio, proponer cualquier medio de prueba que considere conducente a la demostración de sus pretensiones, siempre que no esté expresamente prohibido por la Ley.

Los medios de pruebas utilizados en las diversas legislaciones varían según la adopción, bien sea del sistema de la forma enunciativa de los Medios de Pruebas 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. En la doctrina italiana por ejemplo, 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”.

Es importante resaltar que aún cuando estos medios no se encuentren consagrados en la ley, no implica de alguna manera que tengan un valor o eficacia probatoria menor que los previstos en la ley. Toda vez que aún cuando en nuestro ordenamiento jurídico esta contemplada la tarifa legal para algunos medios probatorios nominados, son todas pruebas de igual rango procesal y su eficacia probatoria se fundamenta en que satisfagan los requisitos de legalidad, existencia, validez y por supuesto los propios de eficacia, y de su relación con los otros medios en el contexto del proceso.

El Sistema seguido por nuestro ordenamiento jurídico en atención a los medios probatorios debe considerarse mixto, ya que la legislación positiva señala que las partes en el proceso podrán valerse, además de los medios de prueba establecidos en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil y otras Leyes de la República, de cualquier otro medio no prohibido expresamente por la Ley.

En materia probatoria podemos detenernos a observar que Los medios de Pruebas señalados expresamente en el Capítulo II, Título II del Libro Segundo, referido al Procedimiento Ordinario, se encuentran regidos por el Artículo 395; como norma rectora; señalando que son admisibles en juicio las que determine el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y otras leyes de la República. En los Capítulos siguientes se 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.

La Legislación Venezolana establece la libertad de medios probatorios en el artículo 395, en su único aparte, del Código de Procedimiento Civil el cual establece (...) “pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones (...), al determinar esta norma rectora que las partes pueden valerse de cualquier medio probatorio que no esté prohibido expresamente por la ley, que consideren conducentes para demostrar la existencia de sus hechos afirmados, se amplía el ámbito de demostración y de inclusión de hechos al proceso, sin embargo, El problema es el uso de los medios informáticos como medios de pruebas libres en el procedimiento civil ordinario Venezolano, ya que no se encuentra previsto en ninguna ley el procedimiento correspondiente, salvo la indicación de analogía, en relación con los otros medios probatorios, establecida en la norma rectora de las pruebas libres.

En la redacción de la norma antes mencionada, se hace solo 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 que deben ser presentadas para verificar sus pretensiones, no mencionado las posibles pruebas que puedan encontrarse en esta categoría, así como tampoco ningún signo procedimental acerca de las mismas, se hace necesario un ampliación procedimental relacionada con el manejo de los medios de prueba libre a los fines de facilitar el acceso a los mismos, así como, su introducción en el proceso, ello con la finalidad de evitar el problema reiterado de ambigüedad, que se ha presentado frecuentemente al momento de usar pruebas libre en el proceso civil, lo que ocasiona una laguna al momento de promover, evacuar y valorar este tipo de pruebas.

La problemática surge al momento del lapso probatorio, es decir, promover, evacuar y valorar los medios informáticos como medios de pruebas libres dentro del proceso civil ordinario, cabe decir que aun cuando el Código de Procedimiento Civil Venezolano, establece la analogía con procedimientos probatorios análogos al momento de promover, evacuar y valorar estos medios de pruebas libres, de lo anteriormente expuesto, se hace evidente la falta de regulación procedimental en materia de medios probatorios, tal como se observa en el estudio del ordenamiento jurídico Venezolano los procedimientos análogos en materia de promoción y evacuación de pruebas libres son exiguos, lo que deja a las partes en estado de indefensión al no conocer los procedimientos con los cuales puede hacer valer sus elementos probatorios en juicio, lo que puede tener como resultado violaciones a principios procesales fundamentales como el derecho a la defensa o la libertad de medio probatorio.

A pesar de que la Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, le ha otorgado validez legal probatoria a los documentos electrónicos, así como ha establecido y una serie de normas que reviste aun más el carácter de legalidad de

este medio probatorio, aun sigue existiendo un vacío, en relación a los procedimientos y su tratamiento como medio probatorio, factores como la analogía y la sana crítica, se han convertido en elementos vinculantes para el juez al momento de encontrarse con dichos elementos.

CAPITULO I

MEDIOS DE PRUEBA Y MEDIOS INFORMATICOS

Medios de Prueba

Según Echandia (1981)

Los medios de prueba pueden considerarse desde dos puntos de vista, conforme al primero, se entiende por medio de prueba la actividad del juez o de las partes, que “suministra al primero el conocimiento de los hechos del proceso y, por lo tanto, las fuentes de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso. Con base al segundo punto de vista, se entiende por medio de prueba “los instrumentos y los órganos que suministran al juez ese conocimiento y esas fuentes de prueba. (p.189)

Expone el maestro Muñoz (1997)

Para que los instrumentos probatorios puedan llevar a cabo su función, deben hallarse naturalmente dotados de dos propiedades básicas: *impresionabilidad* y *traslatividad*. El primero se refiere al registro, al estampado del hecho histórico; el segundo, que pueda llevar al proceso el hecho, o sea, que se apto para hacer la aportación al proceso. (p.157)

Cabrera (1998) sostiene que los medios de pruebas son “los documentos que se otorgan a los sujetos procesales, para trasladar al proceso los hechos

que permiten verificar las afirmaciones de las partes, o averiguar la existencia de una situación fáctica” (p.94)

Principio de necesidad de la prueba

La primera cuestión a la cual conduce el principio en análisis es la importancia de la confirmación dentro de un proceso, pues la misma se corresponde con la esencial estructura de éste.

Según Febrega (2001)

La importancia de la materia ha llevado a algún doctrinario a titular “probar o sucumbir”, como también a otro a demostrar la importancia que la materia probatoria reviste en el mundo jurídico, sobre todo en el nivel constitucional, pero sobre todo en lo ideológico en cuanto a los poderes de la jurisdicción. (p.15)

El principio ha sido vinculado por la doctrina a la cuestión de los hechos. Así el mismo Echandia (1976) establece que “se refiere este principio a la necesidad de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial, estén demostrados con pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez, si éste tiene facultades”. (p.115)

Si tomamos en consideración que el proceso, como método de debate, es un espacio lingüístico de argumentación. El plano procesal es un plano dialógico o de lógica del diálogo. Si hablamos de un plano dialógico, éste es distinto

del plano sociológico de la realidad donde pueden haber ocurrido los hechos afirmados como existentes en el plano procesal. Siendo ello así: ¿Cómo se conectan ambos planos?

Velloso Alvarado (2006) lo explica correctamente: “los hechos de la realidad (conflicto) pasarán al plano procesal mediante su afirmación (litigio). Habiéndose producido el paso en ambos planos, la confirmación refiere al litigio más que al conflicto”. (p.82)

Al no ser admitida la cuestión abstracta o meramente teórica para su sometimiento a la jurisdicción, constituyendo un límite de ésta la noción de caso; la pretensión afirmada tiene entre sus elementos hechos afirmados en el plano procesal. Tras determinada afirmación, la parte contraria tiene la oportunidad de controvertir la pretensión. Surge así lo que la doctrina toda denomina “hecho controvertido”, constituyendo éste el objeto de la prueba.

Así las cosas, el juez a los fines de fallar deberá hacerlo reconociendo el derecho a quien confirmó su pretensión, todo acorde la correcta aplicación de las reglas de la incumbencia probatoria. Podemos decir que el principio de necesidad de la prueba adquiere eficacia en la medida de que existan hechos contradictorios, siendo inaplicable cuando existe la situación contraria, es decir, ante el expreso reconocimiento de los hechos afirmados o cuando existe silencio al respecto.

La aplicación del principio ante hechos controvertidos se comprende pues la decisión debe ser dictada congruentemente y con sustento objetivo que resguarde la imparcialidad como garantía, no pudiendo otorgar el bien de la vida pretendido por una de las partes como obra del azar o de empatías

Principio de Libertad e Igualdad Probatoria.

El art. 26 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela garantiza el derecho que tenemos todas las personas a la tutela judicial efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

Para asegurar la efectividad de este derecho a obtener satisfacción de nuestros derechos e intereses legítimos, se han establecido una serie de normas de como las de utilizar cualquier medio de prueba licito, oportuno y pertinentes para la defensa.

Hoy no cabe duda alguna que la libertad probatoria se desprende directamente de la garantía de defensa en juicio, ello tiene su justificación lógica, desde que el proceso es un instrumento al servicio de la persona a los fines de dirimir conflictos jurídicos, y la actividad que la persona realiza en el proceso debe estar regida por esa misma libertad, con sus obvios límites jurídicos y externos.

Según Chiovenda (1949)

En lo que atañe a los límites que la libertad probatoria puede sufrir, se debe analizar normativa sustancial que adopte el sistema de legalidad de la prueba, es decir exigiendo determinado medio probatorio esencial, como por ejemplo el instrumento público en determinados casos como formalidad ad probationem. (p.393)

A tales efectos afirma Echandía (1993):

Para que la prueba cumpla su fin de lograr la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos que interesan al proceso, en forma que se ajusta a la realidad, es indispensable otorgar libertad para que las partes y el juez puedan obtener todas las que sean pertinentes, con la única limitación de aquéllas que por razones de moralidad versen sobre hechos que la ley no permite investigar, o que resultan inútiles por existir presunción legal que las hace innecesarias (en cuanto se persiga con ellas probar lo presumido; no cuando se intenta desvirtuar la presunción, a menos que en el último caso sea de derecho) o sean claramente impertinentes o inidóneas o aparezcan ilícitas por otro motivo. (p.131)

La libertad en esta materia consiste en reconocer más posibilidades de prueba confirmatoria. La doctrina es coincidente en afirmar que este principio significa libertad en cuanto al objeto de la prueba y a los medios de prueba.

Sostiene Echandía (1981) que:

La libertad de los medios de pruebas o de la prueba libre es un complemento ideal del sistema de la libre apreciación. Esto, porque si bien hay amplitud en el debate probatorio, permitiendo a las partes aportar cualesquiera medios de prueba que consideren conducentes para probar los hechos aducidos, también hay una libertad para que el juez, sin regla preestablecida, aprecie los hechos probados. Respetando sin embargo las formalidades exigidas para su producción y las que

contienen la ley sustancial para la validez de ciertos actos o contratos.

Schroder (2000), ha interpretado certeramente este principio cuando comenta:

Por el principio de libertad probatoria, las partes pueden ofrecer prueba incluso sobre hechos que no hayan sido alegados, debiendo el tribunal aceptar los medio presentados en la medida que reúnan los requisitos necesarios para su admisibilidad. Pero es al momento de dictar sentencia que el tribunal valorará esos medios de prueba, y si advierte que han versado sobre hechos no alegados, declarará su ineficacia cuando con relación a la prueba del actor- impliquen un cambio de la acción. (p.356)

Para Echandia, (1993) Puede considerarse 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. (p. 131)

Refiriéndose a la igualdad en el marco de la actividad probatoria, Ávila Paz de Robledo (1991) sostiene:

Que la misma se manifiesta en igualdad de posibilidades y oportunidades. Los distintos planos del juez y de las partes, inclusive las posiciones contrapuestas de éstas (actor demandado; reconviniendo-reconvenido; excepcionante – excepcionado; impugnante – impugnado; ejecutante – ejecutado; acusación – defensa), con soluciones diversas como corresponde, determina que la igualdad comprenda a todos los sujetos para lograr el equilibrio procesal, a cuyo fin a las partes les da iguales posibilidades y oportunidades para el ejercicio de sus poderes de acción y excepción (nosotros diríamos solamente acción) a la par que les asegura un tratamiento de los jueces, a quienes exige su imparcialidad durante el proceso y al juzgar la causa. Configura arbitrariedad la violación a este corolario, cuando a una parte se le niega lo que a la otra se le otorga en cuanto alegación, prueba e impugnación. (p.49)

El profesor Parra Quijano (2001) ha sido enfático:

En su tesis 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 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. (p.12)

Estableciéndose que la igualdad de la prueba se ve reflejada en la verdadera imparcialidad del juzgador, ya que si éste viola los principios de la prueba, incluido el de legalidad de la prueba mediante actividad probatoria oficiosa, o incluso el de necesidad de la prueba mediante el aporte de su conocimiento privado, violaría automáticamente la imparcialidad, garantía constitucional fundamental y primordial en el debido proceso

Medios Informáticos

La tecnología de las comunicaciones se encuentra en una latente evolución. Los cambios en las tecnologías se desarrollan con gran rapidez. En estos cambios se encuentran nueva generación de procesos y descubrimientos que ha generado un crecimiento significativo en la industria de la informática. Con la inclusión de nuevos sistemas de comunicaciones, redes telemáticas, satélites y medios informáticos capaces de transmitir datos simultáneamente en tiempo real.

En la actualidad los medios informáticos se encuentran involucrados en casi todos los momentos cotidianos de la vida tanto empresarial como individual. En ese sentido es necesario señalar que los medios informáticos son considerados desde una perspectiva procesal, como: a) fuente de prueba debido a que en su contenido puede encontrarse datos e información b) como medio de prueba, ya que dentro de un proceso puede ser utilizado como instrumento probatorio.

Los medios electrónicos pueden contener mensajes, datos, información, sin embargo, debemos establecer una clara distinción entre medio electrónico y medio informático, ya que no todo medio electrónico transmite información,

pero todo medio informático, es un medio electrónico. Expresan manifestaciones de relaciones sociales y en muchos casos voluntades, pudiendo entre otras cosas servir de medios para la realización o consagración de transacciones humanas como contratos por ejemplo

La doctrina distingue dos elementos constitutivos del documento: el corpus y el docet.

- El corpus el cual es considerado como el elemento corporal en el que se encuentra establecida una representación gráfica de un hecho.
- El docet es la representación de lo que el emisor intenta transmitir al destinatario del documento.

Por lo que aquellos medios electrónicos en lo que se encuentren estos elementos pueden ser considerados documento, por ejemplo una carta, un plano, etc. A en atención a lo anterior el documento electrónico puede ser considerado una cosa mueble con independencia física de su autor que no puede ser no modificado, pero que sin embargo, puede ser reproducido a través de distintos medios sin que sufra alteración alguna.

Afirma El abogado Odreman (2003)

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

den relevancia a lo entendido por el legislador en esta materia tan especial.

En Venezuela, la doctrina ha considerado constantemente a los medios informáticos como una fuente de prueba, mas sin embargo, existe un gran vacío en cuanto a su consideración como medio autónomo probatorio, aun cuando los argumentos procesales de nuestro ordenamiento jurídico exponen que las partes pueden valerse de cualquier medio de prueba, situación está llena de inquietudes, si consideramos que las actividades atinentes a el uso de los medios informáticos, en muchas ocasiones tienen un resultado eminentemente jurídicos o en su defecto pueden generar la aparición de conflictos legales, que necesariamente concurrirán en el ámbito jurisdiccional, lo que aumenta en gran medida la necesidad de un acercamiento a el tratamiento procesal de estos medios.

Algunos autores han establecido que los medios informáticos pueden ser considerados, medios autónomos de pruebas, por lo que se requiere para ellos un desarrollo procesal específico, dirigido al mayor aprovechamiento probatorio del medio, lo cual requiere un mayor desarrollo de normas que regulen su presentación pro ante los órganos jurisdiccionales

Aun cuando se han realizado varios trabajos de investigación, siguen siendo exiguos lo estudios que complementan esta materia, son pocos las investigaciones realizadas en la materia de pruebas libres, especialmente el análisis de los mensajes de datos como medio probatorio, lo que no permite un mayor desenvolvimiento de estos medios en el área procesal, así como su completa integración a los procesos judiciales.

Con la promulgación de Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica en el año 2001, se realizó un gran aporte en cuanto a la materia probatoria de los mensajes de datos en Venezuela, presentando una innovación significativa al reconocer la eficacia y validez de este tipo de documentos. Con la promulgación de la referida ley se dejó igualmente abierto el vacío en cuanto a regulación de medios de pruebas innominados, ya que el mismo remite al contenido previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil Venezolano.

Odreman (2003), realizó trabajo de investigación en el que analiza la situación jurídica, los efectos y consecuencias jurídicas del mensaje de datos y la firma digital a raíz de la entrada en vigencia de la ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas estableciendo:

La analogía jurídica entre el mensaje de datos y el documento privado, determino la eficacia probatoria de estos nuevos instrumentos legales, su promoción, evacuación, control, contradicción y las maneras de impugnación, y estableció los medios probatorios idóneos para llevar a los procesos a los mensajes de datos, así como el alcance, elementos fundamentales, requisitos y eficacia probatoria de la firma digital.
(p.2)

Las conclusiones que arrojó la referida investigación tienden a demostrar la analogía del mensaje de datos con los documentos privados, así como la analogía en el tratamiento y validez de la firma electrónica con la firma manuscrita, además de concluir sobre las formas idóneas de llevar al expediente los mensajes de datos de acuerdo a los distintos medios

probatorios establecidos en el código procesal civil. En el referido trabajo de investigación Odreman (2003) concluyo:

Cuando la ley LMDFE se refiere a la eficacia probatoria del mensaje de datos de manera símil al tratamiento de los documentos, necesariamente el mensaje de datos debe asimilarse al “documento privado”, ya que en ambos, no participa en su formación ningún funcionario público que posea las facultades de autenticación, fecha cierta o buena fe. (p.69)

Es importante resaltar que para el legislador venezolano los mensajes de dato constituyen documentos en su sentido más amplio, es por lo que tienen la misma naturaleza de las pruebas documentales escritas en el sentido privado.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando se observa que los mensajes de datos se pueden agrupar en el plano de la prueba documental, en efecto, cuando sea necesario para la prueba de un negocio jurídico presentar el original, este requisito se tendrá por cumplido con relación a un mensaje de datos, si la información que allí se contiene es accesible para su consulta posterior.

Otro factor fundamental es que el Decreto-Ley sobre Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece:

Artículo 1: el presente Decreto-Ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la firma electrónica, al

mensaje de datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

El presente Decreto-Ley será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los mensajes de datos y firmas electrónicas.

La certificación a que se refiere el presente Decreto-Ley no excluye el cumplimiento de las formalidades de registro público o autenticación que, de conformidad con la ley requieran determinado actos o negocios jurídicos.

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

Mensaje de datos: toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o o intercambiada por cualquier medio.

Emisor: persona que origina un mensaje de datos por si mismo, o a través de terceros autorizados”.

Artículo 04: “los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que a ley otorga a los documentos escritos, sin perjuicio de lo establecido en la primera parte del artículo o de este Decreto-Ley. Su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizara conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil.

La información contenida en un mensaje de datos, reproducida en formato impreso, tendrá la misma eficacia probatoria que la ley atribuye a las copias o reproducciones fotostáticas”

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se deduce que este medio probatorio tendrá un valor poco significativo, lo que deberá ser subsanado con la promoción dentro de ese proceso de otros medios probatorios que complementen la eficacia de aquel, a los fines de que se demuestre la veracidad del contenido del documento electrónico.

Documentos electrónicos:

La aplicación de medios informáticos, han permitido el cambio de soporte en papel a uno de naturaleza electrónica, permitiendo el surgimiento de una nueva clasificación de documentos, según Méndez (1999)

Tradicionalmente, el concepto de documento se ha venido identificando como "escrito", es decir, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se

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

Carnelutti (1982), consideraba:

El documento no es solo una cosa, sino una cosa representativa, o sea, capaz de representar un hecho:

A) La actividad del hombre es la que logra la representación tanto en el testimonio, como en el documento. Pero mientras el documento es una cosa capaz de representar, el testimonio es acto.

B) En el testimonio, el acto del hombre es el propio hecho representativo; en cambio, en el documento el hombre crea un objeto capaz de representar un hecho.

C) La representación en el testimonio esta en el hombre; en otras palabras, la materia donde se representa pertenece al hombre, está en él; en cambio, en el documento está fuera del hombre, es un hecho que este ha elaborado y que sirve para representar un hecho.

Peñaranda (2008), define el documento electrónico como:

El instrumento que contiene un escrito-mensaje, destinado a durar en el tiempo, en lenguaje convencional (bits), sobre soporte que podría ser cinta o disco. En otras palabras, es aquel documento que provenga de cualquier medio de informática o que también sea formado o realizado por esta.

Carrascosa (2000) distingue entre:

Documento electrónico en sentido estricto, que se caracteriza por el hecho de no poder ser leído por el hombre sin la utilización de las adecuadas “máquinas” que hagan perceptibles y comprensibles las señales digitales de que están formados; y documento electrónico en sentido amplio, que son aquellos que pueden ser leídos por el ser humano de una forma directa, sin necesidad de utilizar una máquina traductora, pudiendo, no obstante, tener diversos modos de formación. (p.62)

Para Giannantonio (1995):

El uso cada vez más extendido de los documentos electrónicos en la vida social, hace que cada día sea más frecuente, que cualquiera de nosotros nos hallemos en la situación de tener que utilizar documentos provenientes de un sistema de elaboración electrónica: certificados de cajeros automáticos, ticket emitidos por cajas automáticas y otra documentación se ven por todas

partes y su enumeración podría continuar hasta comprender un numero indeterminado de documentos de los más diversos sectores de la vida social; documentos a los cuales puede ser dado en general el nombre de documentos electrónicos. (p.147)

Según Arias Ferrer (2008):

Un concepto genérico de documento lo describe como un escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo; escribir es representar las palabras o las ideas con letras u otros signos trazados en papel u otra superficie. Aunque escrito, funciona como sinónimo de documento o cualquier papel manuscrito, mecanografiado o impreso, en realidad la superficie donde se representan las ideas o las palabras puede ser también electromagnética o de cualquier otro tipo de las utilizadas por la informática y la representación de las palabras puede realizarse con otros signos, por ejemplo, la codificación binaria de los mensajes de datos. En conclusión, la noción de documento es amplia y en ella tiene cabida la idea de documento electrónico, como aquel soporte electrónico o informático sobre el que se encuentran palabras u otros signos que identifican ideas.

Para Parrilli (1996),

El concepto de documento automatizado o electrónico abarca a todos aquellos que se realizan utilizando los medios del sistema mecanizado, sea por creación en el mismo, por transmisión o

por reproducción de otros documentos. El sistema mecanizado actúa electrónicamente en la producción del documento, bien sea, utilizando la impresora de una computadora, o bien, con tarjeta de plástico con agregado magnético.

Tipos de Documentos Electrónicos

Peñaranda (2008), señala, que existen dos tipos de documentos electrónicos, siendo:

Tipos Strictu Sensu o Especifico del Documentos Electrónico

Manifiesta el autor que cuando se habla de documento electrónico se hace referencia a todo documento elaborado por el computador o aquel documento formado por medio de este.

Cuando del documento electrónico elaborado por el computador u ordenador.

En este caso, el computador basado en una serie de parámetros, información, reglas y procedimientos a través de un programa adecuado, decide el contenido del documento y la regulación de los intereses, pudiéndose concluir este contrato por uno o varios ordenadores, determinando el contenido de las voluntades, sin hacer alusión, por supuesto a que estas maquinas, sin las instrucciones previamente determinadas por el elemento humano no funcionarían.

Cuando el ordenador o computador no forma la mencionada voluntad, sino que se limita a documentar declaraciones de

voluntad previamente manifestadas. De esta manera, la información o documento es almacenado en la memoria del computador y podrá ser leído por el usuario con solo la utilización de las maquinas adecuadas.

Tipos Lato Sensu o en Sentido Amplio del Documento Electrónico.

Este tipo de documentos electrónicos se clasificaran de la siguiente manera:

- Los que tienen como soporte el papel y son reflejados por una información que existe o se soporta en la informática.
- Los de soporte de la información electrónica o informática, es decir, datos almacenados en un ordenador.

Naturaleza Jurídica de los Documentos Electrónicos

Tradicionalmente el concepto de documento se ha venido identificando como “escrito”, es decir, como un objeto o instrumento en el que queda plasmado un hecho que se exterioriza mediante signos materiales y permanentes del lenguaje. Sin embargo, acogiéndonos a la definición amplia de documento como “cosas muebles actas para la incorporación de señales expresivas de un determinado significado”, podemos concluir que los registros electrónicos constituyen verdaderos documentos, ya que en ellos se establecen expresiones del pensamiento humano o de un hecho, incorporándolo a su contenido. Según lo expresado por algunos autores del derecho probatorio Italiano registrar datos en una memoria magnética significa escribir, en consecuencia podemos afirmar que en el mensaje de datos se puede considerar que hay información escrita.

No existe un ejemplo más perfecto del carácter documental de los mensajes de datos, que aquel en el que se manifiesta que es necesario convencerse de que se puede escribir también registrando datos en una memoria magnética y en consecuencia el flujo de los electrones es la nueva tinta de la cual es posible servirse; las memorias electrónicas son el nuevo papel; los bits son el nuevo alfabeto.

En la actualidad se ha reconocido en el ordenamiento jurídico la existencia y validez del documento electrónico, normas estas que se encuentran desarrolladas en diversas normas, encontrándose su principal expresión en el cuerpo de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, así como en la Ley de Registro Público y del notariado, entre otras.

La Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas los mensajes de datos consagra en su artículo 4 que “Los Mensajes de Datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos”, considerando los postulados de este ley, es un avance considerable en materia de validez de los documentos electrónicos. Así encontramos implícitos el valor jurídico probatorio de los documentos electrónicos al decir que el tratamiento de los documentos electrónicos como medios probatorio, se realizara siguiendo los lineamientos legales para dar color y eficacia probatoria a los documentos escritos. La eficacia probatoria de la información contenida en un mensaje de datos estará sujeta a la reproducción del mismo en formato impreso, así, de esta manera tendrá la misma eficacia probatoria atribuida en la ley a las copias o reproducciones fotostáticas.

Del análisis del referido artículo se infiere el principio de equivalencia funcional existente entre el documento electrónico y el documento escrito,

este principio otorga la doble conjunción necesaria ya que del mismo se depende incidentalmente la eficacia probatoria de estos medios de pruebas.

Explica el maestro Muñoz Sabate (1997):

Para que los instrumentos probatorios puedan llevar a cabo su función, deben hallarse naturalmente dotados de dos propiedades básicas: "*impresionabilidad y traslatividad*". El primero se refiere al registro, al estampado del hecho histórico; el segundo, que pueda llevar al proceso el hecho, o sea, que se apto para hacer la aportación al proceso. (p.157)

CAPITULO II

Los Medios Informáticos Como Medios de Pruebas Libres en Procedimiento Civil Ordinario Venezolano.

Los medios de pruebas son los instrumentos empleados para dar veracidad a los alegatos presentados en el proceso, con la finalidad de realizar una reconstrucción de la situación de hecho, para que de esta forma el juez puede determinar y extraer la veracidad de cada elemento o medio presentado. Con el desarrollo científico y tecnológico se han desarrollado otros medios con características particulares y carentes de regulación jurídica, pero en muchos casos con plena capacidad demostrativa. Como por ejemplo los medios informáticos

Para Ricci (1958):

La prueba del derecho, prácticamente hablando, vale por el derecho mismo, porque el que tiene un derecho y no está en situación de probar su 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. (p.127)

En la actualidad en la mayoría de las legislaciones los medios informáticos no se encuentran expresamente establecidos en las normas procesales

En Venezuela la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas establece expresamente la eficacia probatoria de estos documentos electrónicos; significa entonces que estos mensajes constituyen medios de pruebas legalmente validos, independientemente de que, para la forma de su promoción y evacuación, la referida ley remita a las reglas procesales establecidas para las pruebas libres. Hechas las consideraciones anteriores podemos afirmar que los mensajes de datos, constituyen medios de pruebas libres legalmente establecido, validos en el proceso si su contenido se considera relevante para demostrar la veracidad de hechos determinados y dar la certeza jurídica al juzgador.

Según Parilli (1997)

Las pruebas en nuestra legislación son clasificadas en libres y legales, (aunque como dicen varios doctrinarios todas ellas son legales porque si no, no se emplearían como medio de prueba), esta clasificación viene dada en razón de que existen pruebas taxativamente señaladas y desarrolladas en las leyes de nuestro país, donde el legislador no se limita a nombrarlas si no que explica como es su promoción, evacuación, oposición y hasta la respectiva valoración que el juez debe darles a la hora de sentenciar, pero también existen otras clases de pruebas que en el marco de las facultades del juez es él quien debe ordenar su evacuación bajo su respectiva supervisión o a través de la supervisión de otro funcionario que pueda dar fe de los hechos sucedidos. (p.150)

El ordenamiento jurídico Venezolano contempla en materia de medios probatorios la libertad probatoria, según lo establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, establece:

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuaran aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de prueba semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez.

Por lo que considera Montero Aroca (1998) que:

En Venezuela, existen dos fuentes legales que informan el sistema probatorio relativo a los documentos electrónicos, en primer lugar y en virtud de la especialización de la ley, tenemos el Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el cual remite directamente al Código de procedimiento Civil en lo relativo al documento y en lo relativo a la prueba libre.

En lo relativo a su promoción y evacuación, establece el artículo 4 del Decreto Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, que “su promoción, control, contradicción y evacuación como medio de prueba, se realizara conforme a lo previsto para las pruebas libres en el Código de Procedimiento Civil. (p.142)

Atendiendo a lo anteriormente expuesto cabe decir que cualquier medio probatorio es conducente para dar certeza a los hechos afirmados por las partes, salvo que el medio probatorio este expresamente prohibido por la ley.

A esta libertad de pruebas es a lo que los doctrinarios han llamado la libertad de medios probatorios, lo cual permite a las partes acreditar sus alegatos mediante cualquier medio probatorio pertinente nominado o no.

Rico Carrillo. (2001) citando jurisprudencia española, manifiesta:

El documento electrónico como medio de prueba había sido admitido por el TS antes de la promulgación de la LEC, en la sentencia citada, cuando al referirse a los modernos medios de prueba –cine, video, cintas magnéticas, etc.- indica que tanto éstos como los ordenadores electrónicos deben sumarse al acervo jurídico procesal en tanto que constituyen una expresión de la realidad que el derecho no puede desconocer, agregando que “dichos medios técnicos pueden subsumirse en el concepto, amplio desde luego, de documento. (p.194)

CAPITULO III

Promoción de los Medios Informáticos como Medios de Pruebas Libres en el Procedimiento Civil Ordinario Venezolano

La promoción de los medios probatorios en Venezuela; ya sean nominados o innominados; no requieren de grandes requisitos, considerando los lapsos u oportunidad procesal en el que deben ser llevados al proceso, lo cual se encuentra establecido en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil que establece:

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

La libertad de medios probatorio en nuestro ordenamiento jurídico, consiente que las partes puedan valerse de cualquier medio probatorio que consideren

pertinente, siempre que se encuentre dentro de los supuestos de legalidad, que sea oportuno y no se encuentre prohibido por alguna norma, para poder demostrar los hechos alegados. No siendo estas normas exclusivas de nuestro ordenamiento jurídico podemos observar en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de la legislación española en la cual establecen normas de control de medios de pruebas libres.

Sin embargo aun cuando se encuentran contempladas en diversidad de ordenamientos jurídicos, los postulados para su promoción son limitados, como por ejemplo el tratamiento procesal de los medios informáticos como el documento electrónico, no se encuentra ampliamente regulado generando vacío en cuanto a su forma de promoción en los procedimientos judiciales, su admisión y contradicción.

Diversos ordenamientos jurídicos han evolucionado en relación al tratamiento de este tipo de medio probatorio así vemos normas como la Ley 27.269 sobre Ley de firmas y certificados digitales de Perú, la Ley de 25.506 sobre Firma digital de Argentina, la Ley sobre Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de Chile, reflejando la necesidad de evolución y adaptación latente en los ordenamientos jurídicos con miras al fortalecimiento y adaptación de los procedimientos judiciales a las nuevas tecnologías.

En los Estados Unidos, se han creados leyes que pretenden diversificar los principios probatorios, las cuales han sido acogidas por casi todos los estados de la unión americana, estableciéndose que los documentos electrónicos o medios informáticos, pueden ser considerados como escritos, en consecuencia al ser impreso constituye un traslado fiel de la información electrónica contenida en el. Otorgándole validez probatoria al ser promovidos en los procesos judiciales como documentos escritos. Nuestro ordenamiento

jurídico de igual forma regula el tratamiento de los documentos electrónicos como medio de prueba al otorgarle validez probatoria mediante la reproducción fotostática tal como lo establece el referido artículo 4 de la Ley sobre mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

El problema fundamental para la promoción de los documentos electrónicos como medios de pruebas radica en la necesidad de instrumentos tecnológicos para reforzar tal medio, toda vez que tanto la doctrina como variedad de jurisprudencia han establecido la necesidad de fortalecer la validez del medio probatorio a través de elementos o instrumentos que ayuden a su comprensión , Otro elemento fundamental que debe ser considerado al momento de promover documentos electrónicos como medio de prueba consiste en la pertinencia, puesto que debe ser considerado no solo la información o los hechos que pueda probar el mismo, sino además los medios que deben ser utilizados para su reproducción, los soportes de su veracidad e invariabilidad, ya que por lo general este tipo de medio probatorio deberá ser soportado con otro medio probatorio,

Arias Ferrer (2008) ha establecido:

La equivalencia funcional entre el Mensaje de Datos y el documento escrito solo podrá producirse cuando los mensajes de datos reúnan características que permitan su intercambio físico (no jurídico) con el papel (Illescas Ortíz, 2001). El artículo 8 de la LMDFE establece expresamente que cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de Datos, si la

información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta, requisito que quedará satisfecho mediante la conservación de los Mensajes de Datos, bajo tres condiciones específicas, a saber:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.

Tal condición hace alusión a lo que en doctrina se llama recuperabilidad del Mensaje de Datos. La recuperabilidad es una condición física del Mensaje de Datos en virtud del cual el mensaje debe permanecer accesible para su ulterior consulta por las partes involucradas, después de haber sido enviado y recibido. Esta recuperabilidad del mensaje depende también de la capacidad del Sistema de Información utilizado, el cual necesariamente debe estar capacitado para ello. Por ejemplo, un Mensaje de Datos firmado electrónicamente, debe aplicarse la correspondiente clave pública por el destinatario, y es a partir de dicho momento, si se archiva el mensaje, que este podrá ser consultado y recuperado posteriormente cuantas veces se desee por el iniciador, por el destinatario o por un tercero.

2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida. Esto significa que para que el Mensaje de Datos resulte funcionalmente equivalente a los documentos escritos, la información recuperada por el Sistema de Información debe necesariamente concordar con la totalidad del mensaje de datos a consultar; si falta algo o está alterado su contenido, el mensaje de datos afectado no será equivalente a un documento escrito. Tal

condición alude a la integridad del mensaje de datos; la Ley considera que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación (artículo 7 de la LMDFE).

3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido. Toda persona podrá recurrir a los servicios de un tercero para dar cumplimiento a los requisitos señalados en este artículo.

Mediante sentencia de fecha 24-10-07, en el caso DISTRIBUIDORA INDUSTRIAL DE MATERIALES C.A. (DIMCA), contra ROCKWELL AUTOMATION DE VENEZUELA C.A., Exp. N° AA20-C-2006-000119; la sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia realiza un análisis relacionado con la promoción y tratamiento procesal de los documentos electrónicos como medios de pruebas estableciendo:

Primeramente, debemos precisar que el documento electrónico está previsto en la Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas de 2001, y en sentido amplio, debe entenderse como cualquier tipo de documento generado por medios electrónicos, incluyendo en esta categoría los sistemas electrónicos de pago, la red de internet, los documentos informáticos y telemáticos, entre otros.

También es catalogado como un medio atípico o prueba libre, por ser aquél instrumento que proviene de cualquier medio de informática o que haya sido formado o realizado por éste, o

como el conjunto de datos magnéticos grabados en un soporte informático susceptible de ser reproducidos que puede fungir como objeto de prueba y su reproducción, independientemente de su denominación, debe ser considerada otro documento que actúa como medio para su traslado al expediente. Por su parte, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas considera, en su artículo 2, al documento electrónico o mensaje de datos -como también lo denomina- como "...toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio...". Una de las características más relevantes de los documentos electrónicos es que sus datos electrónicos se encuentran almacenados en la base de datos de un PC o en el proveedor de la empresa; su comprobación requerirá una ulterior reproducción o impresión del documento.

Sobre el particular, la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas establece en el artículo 7 que: "...cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. A tales efectos, se considerará que un mensaje de datos permanece íntegro, si se mantiene inalterable desde que se generó, salvo algún cambio de forma propio del proceso de comunicación, archivo o presentación...".

Es evidente, pues, que el documento electrónico o mensaje de datos es un medio de prueba atípico, cuyo soporte original está contenido en la base de datos de un PC o en el servidor de la

empresa y es sobre esto que debe recaer la prueba. En razón a esta determinación, **los documentos electrónicos no pueden ser exhibidos, por cuanto la manera en la cual son almacenados los datos electrónicos, impide que puedan ser presentados al juicio, pues ellos están en la base de datos de un PC o en el servidor de la empresa, razón por la cual se está frente a la necesidad de una experticia para verificar la autoría de los documentos que se emitan con tales características y si estos están en poder del adversario, hasta tanto se ponga en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica.** Cabe destacar que los artículos 20 y 21 de la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, para acreditar, supervisar y controlar a los proveedores de servicios de certificación públicos o privados; inspeccionar y fiscalizar la instalación, operación y prestación de servicios realizados por los proveedores de servicios de certificación y; seleccionar los expertos técnicos o legales que considere necesarios para facilitar el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, actualmente dicho organismo no está en funcionamiento, razón por la cual hasta tanto se establezca la Superintendencia, debe recurrirse a otro medio de autenticación de los documentos electrónicos, como lo es la experticia.

Ahora bien, el objeto de esta especial experticia consiste en determinar la autoría del mensaje de datos, esto es, el emisor o la persona autorizada para actuar en su nombre o un sistema de información programado por el emisor o bajo su autorización,

para que opere automáticamente y, así saber desde cuál y hacia cuál dirección o puerto electrónico fue enviado y recibido el mensaje; bajo cuál firma electrónica fue enviado; la fecha y hora de la emisión del mensaje; su contenido; y cualquier otro dato de relevancia para el proceso que las partes soliciten o el juez ordene para resolver la controversia.

Otra característica del documento electrónico es que éste debe estar conservado en su estado original. En efecto, la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas exige que cuando la ley requiera que la información sea presentada o conservada en su forma original, ese requisito quedará satisfecho con relación a un mensaje de datos si se ha conservado su integridad y cuando la información contenida en dicho mensaje de datos esté disponible. Para determinar esto, es necesario el examen de un experto a la base de datos del PC o del proveedor de la empresa del cual fue enviado el documento electrónico.

Por tanto, **la Sala considera que es necesario certificar si el documento electrónico ha sido conservado y si el mensaje está inalterado desde que se generó o, si por el contrario, ha sufrido algún cambio propio del proceso de comunicación, archivo o presentación, por hechos de la parte o terceros, de conformidad con el artículo 7 de la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas antes transcrito, lo cual sólo es posible a través de una experticia en la base de datos del PC o el servidor de la empresa que ha remitido el documento electrónico.**

Ahora bien, la sociedad demandada plantea en el escrito de formalización que reinaba "...confusión respecto del

procedimiento legalmente establecido para la evacuación de dicha prueba, en efecto, se presume que se solicita la exhibición de un supuesto mensaje de datos conformado por un correo electrónico emitido desde una también supuesta dirección de correo electrónico identificada como rastifano@rarockewell.com hasta otra dirección igualmente identificada por la demandante como dirigida a abolivar@dimca.com...”, con lo cual desconoció que la dirección electrónica de la cual se emitió el documento electrónico (rastifano@rarockewell.com) le perteneciera a su representada.

La Sala, en un caso similar en el cual la demandante promovió un video de VHS como prueba libre, estableció lo siguiente:

“...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, desestimaré 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...”. (Negritas de la Sala).

La Sala reitera el precedente jurisprudencial, y deja sentado que el promovente de un medio de prueba libre tiene la carga de proporcionar al juez, durante el lapso de promoción de pruebas, los medios probatorios capaces de demostrar la credibilidad e

identidad de la prueba, lo cual podrá hacer a través de cualquier medio probatorio. Asimismo, el juez en la oportunidad de pronunciarse sobre la admisibilidad de dicha prueba debe de conformidad con lo previsto en los artículos 7 y 395 del Código de Procedimiento Civil, establecer la manera en que ésta debe sustanciarse; en caso de que el medio de prueba libre sea impugnado, debe implementarse 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.

En el presente caso, a pesar de que los documentos electrónicos fueron promovidos como copias simples y que fue solicitada la exhibición del original por el medio tradicional del Código de Procedimiento Civil, el juez en aplicación del derecho que está obligado a conocer,

Cabrera (1998), 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....

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.

...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.

...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...

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... (p. 121, 140, 143, 146-147)

Henríquez La Roche (2000) ha sostenido:

...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 denunciabile 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... (p. 225-226)

La Sala Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 19 de julio de 2005, caso Producciones 8 ½ C.A., contra Banco Mercantil (Banco Universal), Exp. AA20-C-2003-000685, se ha pronunciado acerca de la tramitación de las pruebas libres:

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 implementarse 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, desestimaré 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...

La promoción de los documentos electrónicos como medios de pruebas libres, no escapa a los vacíos legales existentes en cuanto a regulación de medios de pruebas libres, la complejidad y la necesidad de un particular tratamiento de este tipo de medios, pone al descubierto la necesidad de nuevas regulaciones en materia procesal.

Parilli (1996), establece sus consideraciones acerca de la promoción de las pruebas libres de la forma siguiente:

Según lo dispone el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, al servirse las partes de cualquier medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, podrán promoverlas y evacuarlas de la misma forma en que se hacen las promociones y evacuaciones de otras pruebas semejantes contempladas en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el juez. En todas las legislaciones, el método utilizado para aportar las pruebas al proceso ha sido la división del periodo probatorio en varias etapas que se consideran términos extintivos. En cada sección deben llevarse a cabo las diligencias determinadas en el procedimiento adjetivo, sin que puedan realizarse fuera de ese término actos que están reservados a esa actividad, salvo cuando la ley lo autoriza. Todo término probatorio se inicia con el lapso de presentación o promoción de pruebas por las partes, quienes tendrán la libertad, dentro de la licitud, de escoger los medios que consideren adecuados para fortalecer los argumentos que han esgrimido dentro del proceso a fin de obtener los beneficios de la decisión del tribunal. Cada prueba presentada por el promovente debe tener un fin específico dentro del juicio, por lo que es necesario precisar el objetivo perseguido con su promoción.

El autor Orta Martínez (2008), ha expuesto una serie de recomendación para realizar una correcta promoción de documentos electrónicos como medios de pruebas libres

1. Promueva el mensaje de datos con fundamento en el Artículo 41 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 antes mencionado. Configure el programa de correo electrónico o la interfase Web o programa de visualización de correo, para que exhiba e imprima la meta data.
3. Identifique en la promoción la cuenta de correo del destinatario y la del emisor.
4. Señale en la promoción Horas de envío y recepción y otros datos técnicos como las direcciones IP.
5. Si se copió a terceras personas, señale las demás direcciones de correo, nombres de usuarios de las cuentas, empresas alas que representan.
6. Cite textualmente en la promoción el contenido del mensaje de datos.
7. Si el mensaje de datos tiene archivos anexos (Attachments) señale sus nombres, imprímalos y promuévalos.
8. Promueva y consigne una versión digital del mensaje de datos y sus anexos digitales si fuere el caso.
9. Promueva la prueba de informes a efectos de que se establezca:
 - 1) La identidad del Usuario de la cuenta de correo electrónico del emisor y del receptor.

10. Promueva prueba de informes a efectos de que se establezca 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 15 del Artículo 75 de la Ley de Registro Público y Notariado³ que establece que las notarias pueden dejar constancia de transacciones que ocurran en medios electrónicos.

La promoción de los documentos electrónicos como pruebas libres en el procedimiento civil, revisten un carácter particular, que debe ser fortalecido en el desarrollo de nuevas normativas y técnicas legales que fundamenten nuestra normativa procesal.

La promoción de un documento electrónico debe hacerse:

- 1.- tomando consideraciones los postulados establecidos en la Ley sobre mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, el mismo podrá presentarse en impreso, siempre y cuando constituya una copia fiel y exacta de su original.

2.- deben ser considerados la promoción de testigos que ratifiquen el contenido del documento electrónico promovido, ello con la finalidad de desvirtuar cualquier ataque o desconocimiento de que pueda verse afectado el medio probatorio.

3.- debe ser considerado la promoción de experticia sobre la base de datos o soporte digital que contenga el original del documento electrónico promovido.

4.- deben indicársele al juez los elementos o indicaciones suficientes, para que este de un correcto trato procesal al documento electrónico, toda vez que con las consideraciones que puedan otorgársele al juez, este hará un mejor uso del medio, así como podrá auxiliarse de los complementos o recomendaciones que se expliquen el escrito de promoción de pruebas.

5.- es importante que a la hora de promover este tipo de medio se tenga la plena certeza de lo que se desea probar, así como también que los medios de obtención del mismo sean lícitos y no violente ningún derecho a terceros o violente la privacidad de la contraparte.

Algunos autores han considerado de suma importancia la ilustración al juez del manejo y tratamiento procesal que debe otorgarle a los documentos electrónicos como ,medios de pruebas libres, ya que al no hacer las indicaciones correspondientes, podría limitar su influencia en el proceso, ya que si bien es cierto, que la falta de indicaciones no debe ser un supuesto de no admisión del medio probatorio, no es menos cierto que al ser una prueba novedosa priva la necesidad de ilustrar al juez, ya que en muchos casos pueden encontrarse en situaciones de desconocimiento de los avances tecnológicos, así como de los resultados que pueden desprenderse de estos.

Admisibilidad de los Documentos Electrónicos como Medios de Pruebas.

Los documentos electrónicos en cuanto a su admisibilidad, no revisten gran complejidad, ya que esta se encuentra supeditada a lo relativo a los medios de pruebas libre y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico tal como lo establece la Ley de Mensaje de Datos y Firmas Electrónicas, al remitir al Código de Procedimiento Civil. Lo que conlleva a tomar el apoyo de una universalidad de requisitos preexistente para todos los medios de pruebas admitidos por nuestro ordenamiento jurídico, lo cual no supone la libre consideración del juez a la hora de admitir o no la prueba sino que la somete a dispositivos establecidos por Ley, como la legalidad, pertinencia, fiabilidad, efectividad. Aparte el juez debe de considerar la autenticidad y la inalterabilidad del documento electrónico.

Artículo 398 Código de Procedimiento Civil:

Dentro de los tres días siguientes al vencimiento del término fijado en el artículo anterior, el Juez providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales o impertinentes. En el mismo auto, el Juez ordenará que se omita toda declaración o prueba sobre aquellos hechos en que aparezcan claramente convenidas las partes.

El autor Barnola Quintero (2004), ha establecido:

...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... (p. 519-520).

Contradicción de los Documentos Electrónicos como Medio de Pruebas Libres.

A través de sentencia de fecha 19/07/2005, de la sala de casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia Venezolano, estableció la obligación del juez ad quo, de realizar las indicaciones relacionadas con el procedimiento para la contradicción de estos medios de prueba, manifestando:

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, desestimaré 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.

Considerando lo establecido en Artículo 7 Código de Procedimientos civil “Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Cuando el documento electrónico presentado como prueba sea impugnado, es tarea del Juez establecer la oportunidad y método mediante el cual debe ser revisado el medio de prueba, para lo cual el artículo 07 del Código de Procedimiento Civil, le otorga al juez la facultad para establecer la forma de realización del acto, cuando exista un vacío relacionado con el mismo.

La contraparte podrá realizar a la oposición fundamentándose en razones tecnológica, mediante la cual se revisara el buen funcionamiento del documento electrónico, cuando su reproducción se debe realizar a través de medios alternos, poniéndose en duda la veracidad y autenticidad del documento electrónico

La impugnación establecida para los documentos e instrumentos legales, se desarrolla mediante el procedimiento de tacha, desconocimiento de los documentos privados y la impugnación propiamente dicha, de copias fotostáticas.

Lo que supone la necesidad de aplicar la analogía al momento de impugnar los documentos electrónicos, surgiendo la necesidad de verificación de los elementos esenciales del medio probatorio y su correcta adecuación al medio de impugnación utilizado, lo que se pudiera configurar de forma poco precisa, por la consecuente falta de previsión en relación a la utilización de la analogía de forma análogo al momento de la impugnación de los

documentos electrónico, por lo cual debe imperar los lineamientos establecidos por la Sala de Casación Civil.

CAPITULO IV

Evacuación de los Medios Informáticos como Medios de Pruebas Libres en el Procedimiento Civil Ordinario Venezolano.

En nuestro ordenamiento jurídico la evacuación de los medios probatorios se encuentra consagrada en el artículo 395 de Código de Procedimiento Civil.

Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez.

Afirma Echandia (1984) que la evacuación

Son los actos procesales para que los diversos medios concretos aducidos o decretados de oficio se ejecuten en el proceso. La evacuación o practica de la prueba no es un acto simple, está integrado por diversos actos, los cuales son algunos

comunes a todos los medios y otros específicos a cada medio en particular. (p.263)

Por ello, si el juez quebranta alguna de esas formas análogas de evacuación de las pruebas y si con ello se menoscaba el derecho de defensa de alguna de las partes, procede el recurso de casación, en cuyo caso el Tribunal Supremo de Justicia, se abstendrá de conocer de otras denuncias en contra de la sentencia y decretará la nulidad y la reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido.

Postulados que el autor ha realizado siguiendo lo establecido en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil

En su sentencia del recurso de casación, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa y estableciendo además, cuáles son las normas jurídicas aplicables para resolver la controversia, ya sean éstas las indicadas por las partes en los escritos de formalización o de contestación, o las que la propia Corte Suprema de Justicia considere que son las aplicables al caso.

Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucional que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado.

En la sentencia del recurso se hará pronunciamiento expreso sobre costas conforme a lo dispuesto en el Título VI de este Libro. La condena en costas del recurso será obligatoria en caso de desistimiento o cuando se le deje perecer.

Si en un mismo juicio se anunciaren y admitieren varios recursos de casación al mismo tiempo, la decisión de ellos se abrazará en una sola sentencia que contenga tantos capítulos como recursos, pero la sustanciación se hará en cuadernos separados.

Según Cabrera (1995) "(...) el juez para su evacuación queda facultado para aplicar formas análogas de medio semejantes, o para crear formas si el medio tiene una conexión lejana o carece de ella, con las pruebas tradicionales del CC".

La Facultad del juez a la que hace referencia el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, según Villasmil (1998):

Esta facultad del juez, es de carácter pretorial, nace para la prueba libre, en virtud de la carencia de formas legales para hacer cursar la evacuación, lo que obliga al juez, junto con el auto de admisión de las mismas, a disponer de las formas en las que esta sucederá.

Por lo cual considera Villasmil (1998), que:

El carácter pretorial que acompañaría al pronunciamiento del juez, acerca de cómo debe ser realizada la evacuación de los medios de prueba libre, tiene su nacimiento en la autonomía o carencia de observancia de un extremo de ley, característica de esta institución, puesto que se deja al juez proceder de este modo, precisamente ante la ausencia de alguna previsión normativa en la materia, con que hacer analogía.

Parilli (1996), ha sostenido:

Los medios que no tienen semejanza con los del Código Civil deberán promoverse en el término de promoción, pidiendo el postulante al juez, que señale la forma en que se evacuará esa prueba y hasta podrá insinuársele esa forma o invocar la aplicación de disposiciones análogas de otras leyes, así el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil se refiera únicamente a la aplicación de disposiciones semejantes de Código Civil, porque la analogía es un principio general del Derecho según el artículo 4 del Código Civil.

En este mismo orden de ideas Parilli (1996), manifiesta que:

Es necesario al momento de ser promovido el medio probatorio, rendir al juez alguna forma de orientación, acerca del modo de proceder en la evacuación, cosa que no quiere significar una obligación de acogida por parte de aquel, pero si un fundamento incluso técnico, de extrema utilidad para el sentenciador. El juez orientado por el promovente, acerca de la forma en que el medio

de prueba podría ser evacuado, parece menos pretor y más conteste con la lógica que le impondrían las características técnicas de cada distinto medio probatorio, sobre las que en principio no podría exigírsele conocimiento tan preciso, que sin más le llevara a dictaminar el modo en que deba hacerse. Si bien como se dijera no estaría el juez obligado a adoptar la sugerencia hecha por el promovente, acerca de la forma en que sería factible evacuar la prueba; esta información podría volverse de extrema utilidad, bajo el entendido de que el juez una vez teniéndola, junto con el medio mismo que vendrá a ser admitido o no, pudiera hacer una observación conjunta acerca de las características de este, de lo que es su objeto, de su legalidad, pertinencia y procedencia; para luego considerar si se acoge o no a lo sugerido, pues sería inoficioso desenmarañar el mecanismo para evacuar una prueba que no será admitida en la causa.

Sin embargo al no indicársele al juez las posibilidades de manejo de la prueba al momento de realizar la promoción manifiesta Parilli (1996), que:

Se hace necesario que el juez indique los modos en que se evacuarán las pruebas libres, cuando no se encuentre mediante la interpretación analógica la solución necesaria, realiza el autor una consideración de importancia, sobre la posibilidad de que sea el promovente el que sugiera al juez, los medios que pudieran servirle a este de guía para el encuentro de las formas más razonables, para la evacuación de la misma.

En consecuencia es de suma importancia que tanto las partes como el juez, tengan una visión clara de los medios de evacuación de los que podrán valerse para un mejor desempeño de los documentos electrónicos como medio de pruebas, ya que, aun cuando la mención de las recomendaciones de las formas de evacuación no constituyen un mandato imperativo para las partes, si reviste cierto carácter de imperatividad para el juez, por lo cual este no solo deberá ubicar la forma de evacuación, sino que además deberá tener los conocimientos tecnológicos y técnicos para tal fin.

En este punto es sumamente recomendable que las parte presenten medios probatorios alternos para proteger la eficacia que pudiera general el documento electrónico, estos medios pueden constituir cualquiera que cumpla los requisitos legales, preferiblemente medios nominados cuyo carácter de legalidad no sea objeto de ataque en el proceso

CAPITULO V

Valoración de los Medios Informáticos como Medios de Pruebas Libres en el Procedimiento Civil Ordinario Venezolano.

Para Couture (1981)

El tema de valoración de la prueba busca una respuesta para la pregunta: ¿Qué eficacia tienen los diversos medios de prueba establecidos en el derecho positivo? Ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba ni sobre que debe recaer, ni por quien o como debe ser producida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, como gravitan y que influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir. (p.257)

Sostiene Villasmil (2006), que “Los sistemas de valoración son una cuestión que atañe a los límites impuestos al Juez para el examen y apreciación de los medios de prueba, en el momento crucial cuando debe pronunciarse sobre la verosimilitud de los hechos alegados por las partes”. (p.91)

En el mismo sentido Echandia (1994), señala:

debe entenderse por valoración de las pruebas la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor probatorio que pueda deducirse de su contenido, se trata también de una actividad exclusiva del juez, pues las partes y sus apoderados

tienen una función únicamente de colaboradores, cuando presentan sus puntos de vistas en alegaciones y memoriales. Es el momento decisivo y culminante de la actividad probatoria: define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido provechosos o perdidos e inútiles, es decir, si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada llevarle a convicción al juez, su gran importancia extraordinaria. (p.10)

De igual forma Couture (1981) reconoce que

El concepto de Sana Crítica configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción, despojado de la excesiva rigidez de aquella, por ser reglas de la sana crítica, reglas del correcto entendimiento humano, en donde interfieren las reglas de la lógica con las reglas de la experiencia del Juez, y la define, como la reunión de la lógica y de la experiencia y será el ideal donde en donde el juez se inspirará siempre que el legislador le dejare en libertad; porque los principios de la lógica nunca los podrá desoír, pero para que esos principios sean tenidos en cuenta será necesaria la libertad de apreciación del material probatorio. (p.163)

Echandia (1984), señala en relación a la valoración probatoria que:

No se trata de saber si el Juez puede perseguir la prueba de los hechos con iniciativa propia, o si debe ser un espectador del

debate probatorio, sino determinar cuáles son los principios que debe tener en cuenta para apreciar esas pruebas aportadas al proceso de una manera u otra, y cuáles los efectos que puede sacar de cada uno de los medios de prueba.

La valoración de un documento electrónico, reviste para el juez un carácter de mayor proximidad, respecto a otros medio probatorio, ya que es el mismo, quien desde el omento de su promoción debe conciliar la admisión, contradicción y formas de evacuación, circunstancia esta ultima que genera una mayor cercanía entre el juez y el medio de prueba.

Por lo cual Larenz (1994) considera:

La tarea del juez consiste en enjuiciar jurídicamente hechos acaecidos, no sólo imaginados. Por ello la formación del hecho y su enjuiciamiento jurídico se orientan, de un lado, a los supuestos de hecho de las normas jurídicas aquí posiblemente aplicables y a las pautas de enjuiciamiento en ellas contenidas; de otro lado a los acontecimiento reales, siempre que el juez sea capaz de constatarlos. El hecho en cuanto enunciado debe reproducir el hecho acaecido por medio del lenguaje y de las formas de expresión de que dispone, tal como se presenta al tribunal en base al proceso; él lo enuncia como un hecho que ha ocurrido así y no de otro modo. (p.301)

Urbano Castrillo (2003), considera

El juez tiene que guardar un exquisito respeto a las reglas y principios científicos, de la rama o disciplina a que se refiera el concreto medio probatorio: ya sea arquitectura, electrónica. etc. Y si el Juez desconoce la materia o como interpretar ciertos informes o documentos electrónicos, deberá hacer uso de la pericial correspondiente. (p.60)

Para la consideración de la valoración de los documentos electrónicos como medios de prueba, debe considerarse en primer lugar los postulados establecidos en el artículo 4 de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas de Venezuela, el cual ha tarifado el régimen probatorio de estos medios al otorgarles eficacia probatoria, equiparándola a la de los documentos escritos.

El abogado Horacio Jesús (2000) presento tesis doctoral relacionada con Valor Probatorio del Documento Electrónico, en la misma pretendió:

dar normas generales para la valoración de los mensajes electrónicos de todo género, que se han denominado documentos electrónicos, con las cuales los Jueces podrán apreciar el documento electrónico dentro del Derecho Continental, aún sin ley que lo establezca, por concluirse que la transculturización del documento electrónico, conlleva necesariamente la de la forma de valoración de tales pruebas. El Estudio concluye que en materia de Contabilidad, existen normas contradictorias, por una parte el Código de Comercio, que no permite la informatización de la contabilidad y por la otra una serie de Leyes,

más modernas, que si lo permiten, pero solo para determinados tipos de Compañías, lo que genera una violación al derecho Constitucional de Igualdad, proponiéndose la forma de equiparar para todos los comerciantes, las normas de contabilidad mecanizada. Por último sobre la base de la teoría de la equivalencia funcional, se asimila el documento electrónico al documento privado”. (p.259)

Conjuntamente con los postulados de la Ley sobre mensajes de datos y firmas electrónicas de Venezuela, el juez deberá atender al momento de la valoración, a la sana crítica tal como ha sido en el Código de Procedimiento civil, ya que aun cuando ambas normas no reviste un carácter de claridad, en cuanto a la valoración de los documentos electrónicos, el juez debe apegarse al principio de analogía para la ponderación del medio probatorio.

Los documentos electrónicos generan una carga para el juez, el cual se ve en la necesidad de documentarse para darle un correcto tratamiento procesal a estos, como medio probatorio. Ya que el juez debe tener una participación activa, desde el mismo momento en que la prueba es llevada al proceso.

Así mismo el legislador ha dispuesto una serie de requisito para hacer prevalecer la eficacia probatoria de los documentos electrónicos una vez impresos, los cuales se encuentran consagrados en Artículo 8 de la ley sobre mensajes de datos y firma electrónica:

Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con relación a un Mensaje de

Datos, si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

Cuando la ley requiera que ciertos actos o negocios jurídicos consten por escrito y su soporte deba permanecer accesible, conservado o archivado por un período determinado o en forma permanente, estos requisitos quedarán satisfechos mediante la conservación de los Mensajes de Datos, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1. Que la información que contengan pueda ser consultada posteriormente.
2. Que conserven el formato en que se generó, archivó o recibió o en algún formato que sea demostrable que reproduce con exactitud la información generada o recibida.
3. Que se conserve todo dato que permita determinar el origen y el destino del Mensaje de Datos, la fecha y la hora en que fue enviado o recibido.

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

Requisitos estos que constituyen una referencia obligatoria para el juez, al momento de considerar el valor probatorio y la efectividad procesal de los documentos electrónicos.

Sostiene Arias Ferrer (2008)

Respecto a la valoración de la prueba, ésta queda sometida a la libre apreciación del juez. El problema radica que, en condiciones normales, los contratos electrónicos contenidos en

soportes informáticos, podrían ser vulnerados por las partes; dicha vulnerabilidad debe ser eliminada mediante la implementación de tecnologías (firma electrónica) que lo permitan y de la intervención de terceros confiables. Esto llevaría a la consecución de un valor probatorio análogo al de los documentos escritos en soporte papel.

En este sentido, la LMDFE reconoce la fuerza probatoria y la validez jurídica de la firma electrónica, así como, de la información (Mensaje de Datos) que ésta contenga (artículo 16). De forma que, la firma electrónica otorgará a un Mensaje de Datos la misma valoración probatoria y los mismos efectos jurídicos que la firma manuscrita, actualmente regulada. Al respecto sostiene el Tribunal Supremo que como aún no ha entrado en funcionamiento la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, la firma electrónica contenida en los mensajes electrónicos no permite que éstos generen certeza de su forma y contenido. Lo cual es necesariamente cierto, toda vez que la intervención de una o mas de una, terceras partes de confianza que emitan certificados que, a la vez que sirvan para distribuir la clave pública, sirvan, de forma fundamental, para asociar de forma segura la identidad de una persona concreta a una clave pública determinada, es la única manera de establecer una vinculación segura y con ello la seguridad y certeza que atribuyan validez y eficacia probatoria a la firma electrónica. La asociación entre unas claves y un posible firmante, la emite una autoridad de certificación mediante un certificado.

Sanchis Crespo (2000) sostiene que:

Si no se aplica para este tipo de documentos las reglas de valoración de los documentos tradicionales, se llega al absurdo de penalizar como prueba libre la utilización de los avances informáticos, premiando como prueba legal, el mantenimiento de las formas tradicionales.

Para Ormazabal Sánchez (2006)

Las normas de valoración legal de los documentos van referidas a la determinación de su autenticidad, "*de la coincidencia entre el autor aparente y el real*". La prueba mediante instrumentos en cuanto semejante a la documental, sería pacífico el traslado de las normas de valoración de éstas a aquellas. La autenticidad de un texto informático consistiría en la identidad entre quien se identifica o afirma como autor y quien efectivamente lo redactó, igual que sucede con los documentos tradicionales. Por tanto, mientras la otra parte no impugne dicha identificación, tendría que tener por coincidentes al autor real con el aparente.

Con el surgimiento de nuevas tecnologías y mecanismo de transmisión de información, se han desarrollado un serie de nuevos límites que deben ser considerados por el juez al momento de realizar la valoración de las pruebas, que las partes aporten en el proceso, el documento electrónico, viene cargado de una serie de requerimiento tecnológicos, que no se ven relajados con la simple aplicación del artículo 4 de la La ley sobre mensajes de datos y

firma electrónica, sino que va mucho mas allá, puesto que deben aplicar una serie de conocimientos para determinar la plena validez que pudiera tener el documento presentado dentro del proceso, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra en un estado de rigidez y silencio, en cuanto al surgimiento de este tipo de medios probatorio, nuestros legisladores así como nuestros jueces se encuentran en la encrucijada tecnológica, de desarrollar nuevas técnicas y reformas nuestra legislación, hacia una que abrace la expansión tecnológicos que vienen surgiendo a nivel mundial.

Al momento de realizar la valoración probatoria de un documento electrónico, el juez debe mediar entre las consideraciones de validez y fidelidad, so pena de encontrarse ante su propio desconocimiento, del funcionamiento de los documentos electrónicos, el juez no solo debe apreciar este medio individualmente, sino que debe estudiar los aportes probatorios en su conjunto, considerando los medios auxiliares que ha podido promover las partes para darle pleno valor probatorio al documento electrónico.

CONCLUSIÓN

Los medios probatorios se deben regir bajo dos aspectos fundamentales que son: libertad de medios y libertad de objeto. La libertad de medios establece que no debe haber limitación legal en relación con las pruebas aportadas y admisibles en el proceso, dejando al juez facultad para la calificación de su pertinencia probatoria; La libertad de objeto establece que puede probarse todo hecho que tenga relación con el proceso y que las partes puedan intervenir en la práctica. No se debe restringir la actividad probatoria en forma irracional y subjetiva, porque de alguna manera sería atentar contra el derecho a la defensa.

Se hace imprescindible en nuestro ordenamiento jurídico, una reformulación de los medios probatorios que aún sin limitar los medios que hoy en día pueden ser considerados como pruebas libres, puedan facilitar una mayor claridad, en relación a la promoción y evacuación de los mismos, toda vez, que por el gran vacío existente en nuestra legislación, son pocos los abogados que se atreven a entrar en el mundo desconocido de promover una de estas pruebas innovadoras, ya sea, bien por el temor generado por no conocer el procedimiento o por temor que por desconocimiento en este caso de parte del juez, pueda ser mal interpretada su pretensión o desechado el material probatorio del que se vale, llevándolo a un estado de indefensión y violación del debido proceso dentro de las pruebas, si bien es cierto, que algunos autores han ahondado en el tema de las pruebas libres, no es menos cierto que en nuestra doctrina, así como en nuestra jurisprudencia el material es exiguo, toda vez, que los autores no se atreven a ir más allá de simples recomendaciones procedimentales de analogía en relación con los medios probatorios nominados, de igual forma son pocas las sentencias en las que podemos ver material sustentable que nos lleve a una correcta promoción, evacuación y valoración de este tipo de pruebas, la intención fundamental del presente trabajo es ilustrar a los colegas litigantes acerca de los procedimientos de

promoción y evacuación de las pruebas libres dentro de nuestro ordenamiento jurídico, indicando posibles soluciones en el uso de estos medios de prueba.

Si bien es cierto que Ley sobre mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, constituye un avance significativo, en materia procesal, para el tratamiento de los documentos electrónicos como medios de pruebas libres, no es menos cierto que los procedimientos de promoción y evacuación de este tipo de medio probatorio, sigue constituyendo un vacío legal, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la normas que establecen regulaciones sobre el tema, remiten a el procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Civil, el cual se limita a establecer la analogía como principio supletorio, no contribuyendo en el desarrollo de procedimientos generadores de soluciones procesales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alvarado, A. (2006). La prueba judicial (Reflexiones críticas sobre la confirmación procesal). **Valencia: Tirant lo Blanch.**

Arias, M. (2008). La Ley sobre Mensajes de Datos y Firma Electrónica. Comentarios a la Sentencia de fecha 12 de febrero de 2008. **Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política.**

Ávila, R. (1991). *La prueba en el ámbito de sus cánones rectores y medios probatorios.* **Córdoba: Advocatus.**

Barnola, J. (2004). "XIX Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal. Derecho Probatorio Nuevas Tendencias. **Caracas: INVEDEPRO.**

Cabrera, J. (1995). Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre. **Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.**

Cabrera, J. (1998). Control y Contradicción de la Prueba Legal y Libre. **Caracas: Editorial Jurídica Alva S.R.L.**

Carnelutti, F. (1982). La prueba Civil (2 ed). **Buenos Aires: Ediciones Depalma. Segunda edición.**

Carrascosa, V. y otros. (2000). La Contratación Informática: el nuevo horizonte contractual, **Madrid: Comares.**

Chiovenda, G. (1949). La naturaleza procesal de las normas sobre la prueba y la eficacia de la ley procesal en el tiempo. **Buenos Aires: EJE – Bosch.**

Código de Procedimiento Civil. (1986), Gaceta oficial de la República de Venezuela, **3.694, de fecha 22 de Enero de 1986.**

Código Civil. (1982), Gaceta oficial de la República de Venezuela, **2.990 (Extraordinario), 26 de julio de 1982.**

Couture, E. (1981). Fundamentos del Derecho Procesal Civil. **Madrid: Ediciones De Palma.**

Decreto con Fuerza de Ley Nro. 1.024 de Mensaje de Datos Y Firmas Electrónicas (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, N°. 37.333, **Noviembre 27 de 2001.**

Devis, H. (1984). Compendio de Derecho Procesal. Pruebas Judiciales. **Tomo II. Bogotá: Editorial ABC.**

Devis, H. (1976). Teoría General de la Prueba Judicial. **Buenos Aires: Zavalía.**

Devis, H. (1981). Teoría general de la prueba judicial (tomo I y II). **Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor.**

Devis, H. (1993). Teoría general de la prueba judicial (tomo I). **Medellín: Editorial DIKE.**

Ettore, G. (1995). Valor Probatorio del documento electrónico, en Informática y Derecho N° 8. **Merida: Universidad Nacional de educación a distancia Centro Regional de Extremadura – Mérida.**

Fabrega, J. (2001). Medios de prueba. La Prueba en Materia Civil, Mercantil y Penal (tomo I). **Bogotá: Plaza y Janes.**

Henríquez, R. (2000). Código de Procedimiento Civil (tomo III). **Caracas: Centro de Estudios Jurídicos del Zulia.**

Larenz, K. (1994). Metodología de la Ciencia del Derecho. **Barcelona: Ariel.**

Montero J. (1998). La prueba en el proceso civil (2 ed). **Madrid: Editorial Civitas.**

Muñoz, L. (1997), Técnica Probatoria. **Bogotá: Editorial Temis.**

Odreman, G. (2003). La Eficacia Probatoria Según la Ley de Mensajes de Datos y Firma Electrónica. **Trabajo de grado de Especialización no publicado. Universidad Católica Andrés Bello: Caracas.**

Ormazabal, G. (2006). ¿Avanzan en paralelo la tecnología y la legislación en materia de firma electrónica? Reflexiones en torno a la eficacia probatoria de la firma electrónica en la Ley 59/2003, de 19 de diciembre. **Revista Jurídica de Catalunya, núm. 3.**

Parilli, O. (1996). La Prueba y sus Medios Escritos. **Caracas: Mobil Libros.**

Parilli, O. (1997). La Prueba y sus Medios Escritos (2 ed.). **Caracas: Mobil Libros.**

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

Peñaranda, H. (2008). El Documento electrónico. **Maracaibo: Editorial EduLuz.**

Ricci, F. (1958). Derecho Civil teórico y práctico, Tratado de las pruebas. **Madrid: Editorial Moderna.**

Rico, M. (2001). Documento electrónico y Prueba”, ponencia presentada en congreso internacional de derecho y telecomunicaciones, **Porlamar, Ucat.**

Sanchis, C. y Otros. (2002). La prueba por medios audiovisuales e instrumentos de archivo en la LEC 1/2000 (Doctrina, jurisprudencia y formularios). **Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.**

Schroder, C. (2000). Comentario al Art. 201: Código procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, **Cordova: Advocatus.**

Urbano, E. (2003). La prueba tecnológica en la Ley de Enjuiciamiento Civil. **Ediciones Thomson-Aranzadi.**

Villasmil, F. (2006). Teoría de la Prueba (3 ed). **Maracaibo: Librería Europa Costa Verde.**